Sygn. akt: KIO 429/23

POSTANOWIENIE

z dnia 2 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:

Członkowie:

Agata Mikołajczyk Magdalena Rams Bartosz Stankiewicz

Protokolant:

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 2 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2023 r. przez odwołującego: Vetasi Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez

zamawiającego: PGE Systemy S.A. z siedzibą w Warszawie (ul. Sienna 39, 00-121 Warszawa), przy udziale wykonawców:

A. Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (Bud. Blue Office I, (Al. Jerozolimskie 179 p. +2, 02-222 Warszawa)

B. Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów) - zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, C. S&T Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Postępu 21 D, 02-676 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Vetasi Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa) kwoty 13.500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 429/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 16 lutego 2023 r. przez odwołującego: Vetasi Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: PGE Systemy S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego pn.: „Dostawę i wdrożenie systemu informatycznego klasy EAM na potrzeby Programu TZMD". Numer referencyjny: POST/PGE/SYS/DZ/00401/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 28 grudnia 2022 r. Nr 2022/S 250-732327.

Wykonawca podał, że (…) wnosi odwołanie od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego oraz zaniechań tego ostatniego, mających miejsce w ramach prowadzonego postępowania, tj. wobec dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców przez wykluczenie możliwości integracji systemu EAM innego producenta z posiadanym przez Zamawiającego systemem typu ERP marki SAP, jak również przez brak określenia równoważności, tj. wobec modyfikacji dokumentów zamówienia ujętych w odpowiedzi na pytanie nr 6 zawarte w wyjaśnieniach Zamawiającego z dnia 06.02.2023r. (odpowiedzi w otrzymanym arkuszu Excel) w zakresie rozwiązania i sposobu realizacji świadczenia – co uprzywilejowuje w ramach udziału w przedmiotowym postępowaniu dostawców rozwiązań SAP i dyskryminuje pod względem przedmiotowym, kosztowym oraz terminowym (rozumianym jako możliwość realizacji alternatywnego sposobu spełnienia świadczenia w określonym przez Zamawiającego terminie) wykonawców oferujących rozwiązania innych producentów."

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 99 ust. 4, 5 i 6 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców i jednocześnie może doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, w tym w szczególności przez określenie w odpowiedzi na pytanie nr 6 zawarte w piśmie z dnia 06.02.2023 r., iż realizacja przedmiotu zamówienia może polegać jedynie na rozbudowie systemu ERP dostawcy SAP o system EAM tego samego dostawcy lub alternatywnie przez zastąpienie

funkcjonującego u Zamawiającego rozwiązania ERP dostawcy SAP innym kompleksowym rozwiązaniem jednego dostawcy (producenta) rozwiązań i jednoczesnego wykluczenia możliwości rozbudowy istniejącego systemu ERP dostawcy SAP o rozwiązanie EAM innego niż SAP dostawcy (np. IBM Maximo lub podobnego).

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(1) uchylenia odpowiedzi na pytanie nr 6 z dnia 06.02.2023 r. modyfikującej opis przedmiotu zamówienia w zakresie braku dopuszczenia jako alternatywnej możliwości realizacji rozbudowy istniejącego systemu SAP Zamawiającego o komponenty i licencje systemu EAM innego niż SAP dostawcy, przez integrację obu rozwiązań w sposób spełniający wymagania OPZ w obszarze EAM;

(2) ze względu na wprowadzenie w wyniku odpowiedzi na pytanie nr 6 z dnia 06.02.2023r. nazwy własnej produktu ERP dostawcy SAP również, celem rozwiania wątpliwości w zakresie iluzorycznej możliwości spełnienia równoważności do posiadanego systemu SAP ZKL i RiLAM, o wyspecyfikowanie przez Zamawiającego:

(a) pełnych kryteriów równoważności do posiadanego systemu SAP ZKL i RiLAM, w szczególności w innych obszarach niż EAM, w zakresie ilości użytkowników, specyfikacji procesów, raportów, widoków, integracji z innymi systemami w tych obszarach oraz ilości licencji, a także:

(b) konkretnych wersji posiadanych produktów tak, żeby Wykonawca był w stanie złożyć ofertę w zakresie równoważności dla systemu SAP przez nowy system ERP (inny niż SAP) wraz ze zintegrowanym systemem EAM, jakim jest np. IBM Maximo;

2. przeprowadzenie przez Izbę dowodów zawnioskowanych w odwołaniu oraz na rozprawie, w tym w szczególności dowodów z dokumentacji postępowania; 5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Izbą oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

3. W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania Odwołujący wniósł o wykonanie czynności zgodnie z żądaniami zawartymi we wniesionym środku ochrony prawnej.

Odnośnie terminu wniesienia odwołania podał: „O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia niniejszego odwołania Odwołujący dowiedział się dnia 06.02.2023 r. w wyniku odpowiedzi przez Zamawiającego na pytanie nr 6 – co powoduje, że 10-cio dniowy termin na

wniesienie odwołania został przez Odwołującego zachowany. Zamawiający w odpowiedzi na następujące pytanie Odwołującego (dotyczące sublicencji):

„Rozbudowa istniejącego SAPa o EAM inny niż SAP a sublicencjonowanie Stosownie do Załącznika nr 1 do Umowy – OPZ, w pkt. 2 - OGÓLNY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA – jednym z założeń Zamawiającego jest realizacja przedmiotu zamówienia poprzez rozbudowę bieżącego środowiska SAP o niezbędne licencje, komponenty rozwiązania oraz infrastrukturę opisaną w rozdziale 7.1.2. Czy jeżeli Wykonawca nie zamierza dostarczyć oddzielnego rozwiązania z kryterium równoważności, czyli rozwiązania, które zgodnie z wymaganiami Zamawiającego „oprócz wymaganych funkcjonalności systemu EAM, będzie realizowało obecnie działające i wykorzystywane funkcjonalności rozwiązań SAP RiLAM oraz SAP ZKL funkcjonujących w GK PGE - w części przeznaczonej dla PGE Dystrybucja S.A.", a więc Wykonawca taki zamierza rozbudować bieżące środowisko SAP o licencje w wymaganym zakresie systemu EAM innego niż SAP, a następnie zapewnić niezbędne integracje z bieżącym środowiskiem SAP i zaktualizować wybrane komponenty SAP, to czy taki Wykonawca powinien zagwarantować uprawnienia do udzielenia Zamawiającemu sublicencji na system podmiotom/Spółkom wchodzącym w skład Grupy Kapitałowej PGE na warunkach licencji dla PGES bez ponoszenia dodatkowych opłat z tego tytułu wyłącznie na część rozbudowaną, tj. systemu EAM innego niż SAP, czy może także dla dodatkowych komponentów SAP? Czy Zamawiający dysponuje już uprawnieniami do

udzielania sublicencji na system SAP podmiotom z GK PGE?" Udzielił następującej odpowiedzi:

„a) Odpowiedź na pierwszą część pytania:

Zamawiający wskazuje, że przedstawiony przez Wykonawcę w jego pytaniu opis sposobu realizacji przedmiotu Zamówienia, jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego zdefiniowanymi w OPZ. Podstawą przedmiotu Zamówienia jest rozbudowa przez Wykonawcę posiadanego przez Zamawiającego rozwiązania SAP o brakujące komponenty i niezbędne licencje lub dostarczenie rozwiązania równoważnego, rozumianego jako wdrożenie innego niż SAP systemu EAM z jednoczesnym odtworzeniem posiadanych już w systemie SAP funkcjonalności i integracji w części systemu SAP wdrożonej dla PGED. Wprowadzenie warunku równoważności ma zapewnić Zamawiającemu prowadzenie procesów z obszaru Zarządzania Majątkiem w sposób całościowy, ciągły i spójny w jednym systemie klasy ERP.

b) Odpowiedź na drugą część pytania:

Zamawiający oczekuje udzielenia przez Wykonawcę sublicencji podmiotom/Spółkom wchodzącym w skład Grupy Kapitałowej PGE na wszystkie komponenty oferowanego przez Dostawcę rozwiązania będącego przedmiotem wdrożenia, w tym również na niezbędne licencje systemu SAP."

W powyższej odpowiedzi Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ") wykluczając możliwość rozbudowy posiadanego systemu ERP dostawcy SAP o komponent EAM innego producenta, która to okoliczność nie była wykluczona w pierwotnym opisie przedmiotu zamówienia i Odwołujący pozostawał w uzasadnionym treścią OPZ przekonaniu, że taki sposób realizacji przedmiotu zamówienia jest możliwy i dopuszczalny. W pierwotnym OPZ brak jest jakiegokolwiek postanowienia wykluczającego taki sposób realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może w odpowiedzi na pytanie wykonawcy powoływać się na nieistniejące postanowienia SWZ OPZ, co stara się czynić w zacytowanej odpowiedzi i pozornie wywodzić z nich zakazy wprost w nich nie ujęte. Powyższa odpowiedź stanowi wprost modyfikację SWZ w kontekście OPZ co, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, może być przedmiotem zaskarżenia w drodze środków ochrony prawnej. Co niezwykle istotne Odwołujący biorąc udział w procesie zbierania informacji od potencjalnych wykonawców RFI (Request for Information) nie otrzymał informacji zwrotnej o wykluczeniu takiego rozwiązania i prezentując swoje propozycje deklarował dokładnie ten rodzaj rozbudowy systemu posiadanego przez Zamawiającego, przez składanie Zamawiającemu ofert z wyraźnym zaznaczeniem sposobu realizacji.

Mając powyższe na względzie dokonana z dniem 06.02.2023 r. modyfikacja SWZ OPZ definiuje model realizacji świadczenia w sposób zupełnie odmienny od pierwotnego, stanowiąc ograniczenie konkurencji i naruszając zasadę uczciwej konkurencji, a zatem powinna zostać wyeliminowana jako naruszająca przepisy ustawy Pzp."

Wykonawca Vetasi podał również, że (…)posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest wykonawcą działającym od wielu lat w branży informatycznej i jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu, zaś naruszające przepisy ustawy Pzp ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony dyskryminuje rozwiązania ofertowane przez Odwołującego uniemożliwiając mu złożenie oferty. Tym samym Odwołujący na skutek bezprawnych działań Zamawiającego został pozbawiony możliwości złożenia oferty w postępowaniu i tym samym uzyskania przedmiotowego zamówienia, co spowoduje możliwość poniesienia przez niego wymiernej szkody. Na skutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, Odwołujący został pozbawiony możliwości złożenia na równych prawach z innymi wykonawcami oferty w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący jest doświadczonym uczestnikiem rynku, zaś oferowane przez niego rozwiązanie jest powszechnie wykorzystywane przy tego typu realizacjach. Wykluczenie w odpowiedzi na pytanie nr 6 zawarte w piśmie z dnia 06.02.2023 r. jednego z 3 sposobów realizacji świadczenia narusza interes Odwołującego".

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpiło dwóch wykonawców: (1) Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie; oraz (2) Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie – wnosząc o uwzględnienie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca: S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 28/02/23 wniósł o:

1) odrzucenie Odwołania w całości na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych („PZP") jako wniesionego po upływie 10-dniowego terminu określonego w art. 515 ust. 2 pkt 1) PZP,

ewentualnie do pkt 1 (tj. w przypadku, gdy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzi, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia Odwołania),

2) oddalenie Odwołania w całości jako niezasadnego, a także

3) rozstrzygnięcie przez Krajową Izbę Odwoławczą o kosztach postępowania odwoławczego, stosownie do rozstrzygnięcia podjętego w wyniku wniosku z pkt 1 lub 2 powyżej, tj. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3.600 złotych brutto według faktury złożonej do akt sprawy.

Odwołujący w piśmie z dnia 1 marca 2023 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wskazując na art. 520

ust. 1 i 2 ustawy Pzp oświadczył, (…) cofam odwołanie wniesione w dniu 16.02.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W związku z powyższym wnoszę o wydanie postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego oraz zwrot Odwołującemu 90% wartości wpisu od odwołania na mocy § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2020 r. poz. 2437) na następujący rachunek bankowy (...).

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 ust. 1 i 2 ustawy Pzp: „1.Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. 2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby".

W niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany przepis, albowiem Odwołujący w piśmie z dnia 1 marca 2023 r., przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy na dzień 2 marca 2023 r. jednoznacznie oświadczył, że wycofuje odwołanie wniesione w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego. Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) i uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego od odwołania w wysokości 15.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.