Sygn. akt: KIO 2166/16

POSTANOWIENIE
z dnia 28 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 28 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2016 r. przez wykonawcę – **IT.expert Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 176 (02-486 Warszawa), w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Poczta Polska Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Rodzin Hiszpańskich 8 (00-940 Warszawa) przy udziale
wykonawcy **Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Równoległej 2 (02-235 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – IT.expert Sp. z o.o. z/s w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez IT.expert Sp. z o.o. z/s w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. Akt: KIO 2166/16

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Pocztę Polską S.A. w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę i instalację elementów infrastruktury informatycznej wraz z dostawą i wdrożeniem oprogramowania i uruchomienie Zintegrowanej Platformy Bazodanowej* (nr sprawy PI01/124/2016), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 4 października 2016 r., 2016/S 191-343740, wobec dokonanej zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca – IT.expert Sp. z o.o. z/s w Warszawie wniósł w dniu 14 listopada 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2166/16).
Zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 3 listopada 2016 r. informację o modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zakwestionował postanowienia siwz w części opisującej wymagania dla rozwiązania równoważnego, wprowadzone do załącznika nr 2 do wzoru umowy, pkt 1.1. ppkt 1.1.1, ppkt 1)-3) o treści:

1) Rozwiązanie równoważne musi umożliwiać uruchomienie wszystkich komponentów oprogramowania aplikacyjnego obecnie eksploatowanego dedykowanego systemu informatycznego ZST (Zintegrowany System Informatyczny) pracującego obecnie na środowisku *zamawiającego.*

2) Jeżeli uruchomienie oprogramowania aplikacyjnego z wykorzystaniem równoważnego będzie zmiany kodu zaoferowanego rozwiązania wymagało źródłowego *obecnie eksploatowanego systemu informatycznego, Wykonawca*

dokona poprawienia na swój koszt.

3) W przypadku dokonania poprawienia na rozwiązanie równoważne Wykonawca odpowiada za wszelkie błędy w działaniu aplikacji, które są wynikiem portowania.

Efektem wprowadzonych zapisów do siwz jest naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z pominięciem okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty co prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu uchylenia przywołanych postanowień załącznika nr 2 do umowy, gdzie Zamawiający może się uchylić od nałożonego przez KIO obowiązku poprzez dokonanie zmiany swiz polegającej na podziale zamówienia na dwie części: dostawa oprogramowania Oracle i realizacja usługi

związanej z oprogramowaniem (Część 1) i dostawa sprzętu i realizacja usługi związanej ze sprzętem (część2).

Zamawiający w dniu 3 listopada 2016 r. zamieścił na stronie internetowej informację o zmianie siwz – załącznika nr 2 do umowy polegającej na zdefiniowaniu warunków równoważności dla oprogramowania Oracle określonego w okt III.1 ppkt 5)-8) siwz. Efektem wprowadzonych zapisów jest, iż każdy wykonawca zamierzający złożyć ofertę na oprogramowanie równoważne musi uwzględnić konieczność dokonania portowania aplikacji ZST, gdzie taki obowiązek nie spoczywa na wykonawcach oferujących oprogramowanie Oracle.

Wraz ze zmianą Zamawiający nie wskazał jakie aplikacje wchodzą w skład ZST i nie udostępnił wykonawcom aktualnej dokumentacji aplikacji ZST. Wykonawcy nie są zatem w stanie ocenić jaka liczba aplikacji jest objęta ZST, jakie jest ich rzeczywiste przeznaczenie, rozmiar i funkcje. Brak dokumentacji uniemożliwia także dokonanie rozmiaru i oceny prac związanych z portowaniem aplikacji dla oprogramowania równoważnego. Wykonawcy nie mogą zatem wycenić prac związanych z portowaniem ZST, a także określić terminu realizacji zamówienia w granicach dopuszczalnych pkt XIII.2 siwz.

Wykonawcy zmuszeni są do rezygnacji ze złożenia oferty, względnie do doliczenia do ceny oferty odpowiednich rezerw na koszty realizacji portowania aplikacji ZST oraz oznaczenia w ofertach maksymalnego terminu realizacji zamówienia w celu uniknięcia opóźnień w realizacji zamówienia i oczywistych konsekwencji opóźnień, co powoduje wzrost ceny oferty i wydłużenie terminu realizacji, które to elementy stanowią kryteria oceny ofert (III.2 i XIII.2 siwz).

Do postępowania odwoławczego przystąpił w dniu 18.11.2016 r. po stronie Zamawiającego wykonawca Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 28.11.2016 r., Izba stwierdził, iż zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako Ustawa). Stosowne wnioski o odrzucenie odwołania złożyli na posiedzeniu pełnomocnicy Zamawiającego oraz Przystępującego.

Spośród wskazanych podstaw do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 Ustawy Izba uznała, iż okoliczności faktyczne ustalone w oparciu o dokumentację postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1955/16 prowadzą do wniosku, iż niniejsze odwołanie dotyczy czynności modyfikacji postanowień siwz, wcześniej kwestionowanych

przez tego samego wykonawcę, dokonanej zgodnie z wcześniejszymi żądaniami Odwołującego.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 Ustawy Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że *odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z* żądaniem *zawartym w odwołaniu.*

Objęte niniejszym odwołaniem zarzuty dotyczą dodanych w załączniku nr 2 do umowy warunków równoważności, co istotne wprowadzonych na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów podniesionych w odwołaniu z dnia 14.10.2016 .

Ówczesny Odwołujący (IT.expert Sp. z o.o.) wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści wskazanych postanowień siwz przez rzeczywiste, a nie pozorne określenie „warunków równoważności" lub alternatywnie przez usunięcie zaskarżonych postanowień SIWZ odnoszących się do Oracle jako producenta oprogramowania lub sprzętu i poprzez określenie produktów równoważnych przez wyraz „lub równoważny". Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów podniesionych w odwołaniu przy jednoczesnym braku zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i wycofaniu przez Odwołującego pozostałych - nie uwzględnionych - zarzutów, postępowanie odwoławcze zostało umorzone na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp (postanowienie KIO z 3.11.2016 r., sygn. akt KIO 1655/16).

W ocenie Izby, w niniejszym stanie faktycznym zachodziła podstawa do stwierdzenia, iż odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 14.10.2016 r., sygn. akt KIO 1655/16. Podstawą dla takiego stwierdzenia było ustalenie, iż czynność modyfikacji załącznika nr 2 do umowy mieściła się w żądaniu Odwołującego sformułowanym w sposób alternatywny oraz blankietowy. Odwołujący wskazał bowiem na możliwe sposoby dokonania zmiany w siwz, tj. przez opis warunków równoważności, usunięcie skarżonych opisów identyfikujących produkty Oracle i dopuszczenie produktów równoważnych przez wyraz „lub równoważny". Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym w sprawie obecnego odwołania Odwołujący wskazywał, iż wcześniejsze zapisy siwz uniemożliwiały zaoferowanie produktów równoważnych wobec opisanych, identyfikujących producenta Oracle. Obecne natomiast (po modyfikacji) dopuszczone są rozwiązania równoważne, a zastrzeżenia Odwołującego wynikają z braku opisu oprogramowania aplikacyjnego systemu ZST, do którego Zamawiający odnosił wymagania równoważności. Na posiedzeniu wyjaśnił, iż wcześniejsze zapisy siwz nie wymagały wprost zapewnienia portowania, co oznaczało, iż nie było to objęte przedmiotem zamówienia, a Zamawiający nie miał zamiaru, aby system ZST działał.

Izba po wysłuchaniu stanowisk stron ustaliła, iż przedmiot zamówienia od początku obejmował wymianę komponentu ZST (Zintegrowany System Informatyczny), tj. platformy bazodanowej, która obecnie współpracuje z ZST Zamawiającego. Ponadto od początku w siwz, również w kwestionowanym załączniku nr 2 do umowy – pkt IX lit. A ppkt 3 Zamawiający wspominał o systemie ZST, którego elementem składowym jest Zintegrowana Platforma Bazodanowa. Odwołujący wywodził, iż wskazanie w tym punkcie na czynność „replikacji danych" nie oznaczała potrzeby zapewnienia portowania danych do rozwiązania równoważnego, co miało być wprowadzone dopiero modyfikacją z 3.11.2016 r.
W ocenie Izby, decydującym dla podjętego rozstrzygnięcia w sprawie było ustalenie, czy dokonana modyfikacja mieściła się w zakresie żądań Odwołującego sprecyzowanych w odniesieniu do zarzutów w części uwzględnionych przez Zamawiającego we wcześniejszym odwołaniu. Zasadniczo, wobec sposobu zredagowania żądań (w sposób alternatywny i blankietowy), Izba nie miał podstaw do stwierdzenia, aby modyfikacja wykraczała poza granice żądania, dla którego wystarczającym było wprowadzenie przy opisie słowa „lub lub dookreślenie sprzętu/oprogramowania równoważny", „warunków Co ważne, Odwołujący doprecyzowania równoważności". warunków oczekując równoważności nie sprecyzował zakresu koniecznych warunków, jak również nie kwestionował zakresu przedmiotu zamówienia związanego z platformą bazodanową istniejącego systemu ZSK. Odwołujący nie zaprzeczył stanowisku Zamawiającego, iż modyfikacja dokonana w dniu 3.11.2016 r., poza uzupełniony opis warunków równoważności również, obejmowała dodanie słów „lub równoważny" przy szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Powyższe prowadził do wniosku, iż modyfikacja siwz jakiej dokonał Zamawiający była podyktowana żądaniami i z nich wynikała. W ocenie składu orzekającego, jedynie gdyby modyfikacja prowadziła do zmiany pierwotnych, wcześniej niespornych zapisów, czy to poprzez ich usunięcie czy też wprowadzenie nowych wymagań, w taki sposób, iż zmieniałoby to przedmiot zamówienia, to wówczas można byłoby oceniać czynności Zamawiającego jako nowe, niezwiązane z żądaniami uwzględnionymi przy pierwszym odwołaniu wniesionym na opis przedmiotu zamówienia. Natomiast w sytuacji gdy Zamawiający doprecyzowuje zapisy siwz, co do których żądania Odwołującego nie były konkretne, to wówczas czynności te dopóki nie wykraczają poza kierunek zmiany wynikający

z redakcji żądania, pozostają czynnościami podjętymi zgodnie z nimi. Konkludując, aby móc ocenić czynności jako niezgodne z żądaniami należałoby wskazać na konkretną sprzeczność z żądaniem, która w niniejszej sprawie nie występuje. Skoro Odwołujący żąda dookreślenia wymagań równoważności, to wprowadzone zapisy, co do zasady, nie mogą być ponownie kwestionowane. Nie można bowiem dopuścić do sytuacji, aby wykonawcy w nieskończoność kwestionowali postanowienia tylko dlatego, iż nie czynią one zadość ich

---

oczekiwaniom, wcześniej nie wyartykułowanym w sposób jednoznaczny Zamawiającemu. Jeżeli zatem modyfikacja dotyczy zmiany wcześniej kwestionowanych postanowień w kierunku o jaki wnosił Odwołujący – tu dookreślenia wymagań równoważności oraz dopuszczenia elementów zamówienia równoważnych do opisanych w załączniku nr do umowy, to brak jest podstaw do uznania, iż czynność Zamawiającego nie jest zgodna z żądaniami. Zgodność tą należy zatem odnosić do stopnia szczegółowości żądań i pod tym kątem ocenić. Skoro Odwołujący nie precyzował konkretnie jakich informacji oczekuje, to obecnie nie może to rodzić negatywnych skutków dla oceny czynności podjętych przez Zamawiającego. Dla przykładu, gdyby żądania zostały w ten sposób sformułowane, że Odwołujący oczekiwałby usunięcia jakiś zapisów, to wówczas modyfikacja polegająca na dodaniu innej treści przy pozostawieniu kwestionowanych zapisów, nie byłaby czynnością zgodną z żądaniami. Ponieważ Izba nie dopatrzyła się zmiany siwz wykraczającej poza żądanie dookreślenia wymagań funkcjonalności, w szczególności zmiany zakresu przedmiotu zamówienia, nie było podstaw do uznania, iż odwołanie wniesione na powtórzoną czynność było dopuszczalne i podlegało rozpoznaniu.
Ponadto, w ocenie Izby nie można pominąć tego, iż obecne żądania Odwołującego zasadniczo zmierzały do uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia w części, w jakiej było to możliwe do podniesienia już przy pierwszym odwołaniu, tj. opisu aplikacji ZST. Izby nie przekonały wyjaśnienia, jakie składał Odwołujący co do wcześniejszej możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego uniemożliwiającego prawidłową pracę systemu ZST, zmienionej na skutek opisu rozwiązania równoważnego. W ocenie składu orzekającego od początku przedmiot zamówienia pozostawał związany z działającym obecnie systemem ZST, jako jeden z jego komponentów – platforma bazodanowa. Stanowisko Odwołującego w tej materii nie dało się pogodzić z celem zamówienia, jakim jest wymiana komponentu i dostarczenie nowego umożliwiającego prawidłową i niezakłóconą pracę w środowisku informatycznym Zamawiającego. Kwestia równoważności nie wpływała na ustalenie co jest przedmiotem zamówienia i jakie są oczekiwania Zamawiającego co do produktu zapewniającego prawidłową pracę systemu ZSK. Próba wytknięcia kolejnych braków w opisie przedmiotu zamówienia (istniejących od początku), na obecnym etapie postępowania nie mogła być skuteczna z uwagi na upływ terminu do wniesienia odwołania, liczonego od dnia opublikowania treści siwz.
Reasumując, należało uznać, że odwołanie jest odwołaniem wniesionym wobec czynności dokonanej przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem zawartym we wcześniejszym odwołaniu, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 Ustawy.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 15 tyś zł.

Przewodniczący: ……