

POSTANOWIENIE
z dnia 16 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniach 9 i 16 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2014 r. przez odwołującego - **SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 49/51, 04-555 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Uniwersytet Przyrodniczy we Wrocławiu, ul. C.K. Norwida 25, 50-375 Wrocław,**

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego – **SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 49/51 04-555 Warszawa**, i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego **SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 49/51 04-555 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 839/14

Uzasadnienie

Uniwersytet Przyrodniczy we Wrocławiu, [zwany dalej: „zamawiającym”], prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: *Usługa polegająca na wdrożeniu Zintegrowanego Systemu Informatycznego wspomagającego zarządzanie Uczelnią, w tym: dostawa licencji, niezbędnego sprzętu komputerowego i innego wyposażenia oraz asysta techniczna i opieka serwisowa w ramach projektu „Zarządzanie potencjałem dydaktycznym Uniwersytetu Przyrodniczego we Wrocławiu poprzez wdrożenie technologii IT”, współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach POKL. Poddziałanie 4.1.1. Sprawa nr RAP.272.10.2014*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (nr 2014/S 043-071931) w dniu 1 marca 2014 roku. W tym samym dniu zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia. W dniu 16 kwietnia 2014 roku zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej *Informację dla wykonawców Nr 2* [datowaną na dzień 15 kwietnia 2014 roku], zawierającą pytania wykonawców i odpowiedzi zamawiającego, złożone w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp, wymaganej przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 25 kwietnia 2014 r. SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie [zwana dalej „odwołującym”], wniosła odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej : „SIWZ”].

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ustawy Pzp, w tym w szczególności ust. 1 i 2, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie

dokładnych i zrozumiałych określeń, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób naruszający uczciwą konkurencję,

2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie jej przepisów skutkujących prowadzeniem postępowania w sposób naruszający podstawowe zasady, oraz

3. innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ w części opisującej przedmiot zamówienia w zakresie i w sposób określony w odwołaniu.

Odwołujący podniósł, iż powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania w dniu 15 kwietnia 2014 roku, kiedy to zostały zamieszczone na stronie zamawiającego pytania i odpowiedzi do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i kiedy to zamawiający nadał postanowieniom określony kształt lub zaniechał ich zmiany. Tym samym, zdaniem odwołującego, wobec wniesienia odwołania w dniu 25 kwietnia 2014 r. uczynił on zadość wymaganiom art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, co do 10 dniowego terminu, w jakim przysługiwało mu takie prawo.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wielokrotnie podkreślał, że sposób sformułowania poszczególnych postanowień SIWZ wskazuje na silne uzależnienie zamawiającego oraz realizacji jego zamówienia od dostawcy/ producenta systemu (czyli od firmy OP Team S.A. jako producenta lub jego partnerów jako dostawców rozwiązań OPTeam S.A.), który jako jedyny jest w stanie spełnić wymagania zamawiającego, co prowadzi do nieuprawnionego zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców. Odwołujący podnosił także, iż opis przedmiotu zamówienia ma charakter niejasny i nieprecyzyjny.

Z treści uzasadnienia odwołania wynika, że odwołujący żądał modyfikacji SWIZ poprzez:

- zmianę definicji wymagań „obowiązkowe” na etapie składania ofert na „obowiązkowe do realizacji na etapie wdrożenia” (w odniesieniu do wymagań wskazanych w treści Załącznika Nr 3 do SIWZ – *Wykaz funkcjonalności*);

- zmianę brzmienia wymagań określonych w poz. 1184, 1154, 1158 Załącznika Nr 3 do SIWZ – *Wykaz funkcjonalności* poprzez dodanie sformułowania : „*Zamawiający zapewni i zagwarantuje przekazanie niezbędnych danych, interfejsów, kodów, kluczy oraz innego*

typu danych w celu umożliwienia Wykonawcy realizacji powyżej wymienionego wymagania i pokryje koszty działań po stronie Systemu Personalizacji Kart”;

- usunięcie wymagań określonych w poz. 1157, 1718, 1789, 1830, 1836, 1843, 1849 Załącznika Nr 3 do SIWZ– *Wykaz funkcjonalności*;

- zawarcie w ramach wymagania wskazanego w poz. 1790 Załącznika Nr 3 do SIWZ – *Wykaz funkcjonalności*, informacji nt. specyfikacji API i opisu sposobu dostarczania informacji tak, by możliwe było i prawidłowe oszacowanie kosztów i dostarczenie także innych rozwiązań, które ze swoją specyfiką będą spełniały oczekiwania Zamawiającego;

- dodanie postanowienia, iż: *„Zamawiający dopuszcza by funkcjonalności opisane wymaganiami 1134-1215 realizowane były poprzez jeden zintegrowany system EOD/PKI lub poprzez zintegrowane ze sobą systemy EOD i PKI zapewniające analogiczną realizację powyższych wymagań”;*

- określenie pełnej listy integrowanych systemów wraz z zapewnieniem wsparcia dla Zamawiającego przez dostawców tych systemów w zakresie integracji z systemem stanowiącym przedmiot zamówienia;

- określenie wymaganego zakresu integracji z ww. systemami;

- zapewnienie, że integrowane systemy posiadają odpowiednie technologiczne możliwości integracyjne;

- dodanie regulacji, która określałaby, że odpowiedzialność za prawidłową integrację systemów ponoszą obie strony zawartej umowy.

Odwołujący podniósł ponadto, iż zamawiający w sposób lakoniczny i nieprecyzyjny udzielił odpowiedzi na postawione przez wykonawców pytania (tj. pytania nr: 233, 234, 955, 1076, 1077, 1305, 103, 247). Takie działanie zamawiającego, w ocenie odwołującego, uniemożliwia wykonawcom - innym niż dotychczasowy dostawca systemu - złożenie prawidłowo skonstruowanych ofert. Wobec powyższego odwołujący wniósł także o zmianę treści SIWZ w zakresie wynikającym z ww. pytań w taki sposób, by zgodnie z poszczególnymi pytaniami dany zapis stał się precyzyjny i jednoznaczny.

Odwołujący wskazał także, iż z daleko posuniętej ostrożności, także wszystkie inne zapisy SIWZ odnoszące się do opisanych powyżej kwestii i z nimi powiązane, powinny ulec odpowiednim modyfikacjom, jeśli jest to konieczne.

Informację o wniesieniu odwołania oraz jego kopię zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej oraz przekazał pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu za pośrednictwem faksu i poczty elektronicznej w dniu 28 kwietnia 2014 roku.

W dniu 2 maja 2014 roku Prezesowi Izby doręczono zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego dokonane w imieniu OPTeam S.A.

W toku posiedzenia w dniu 9 maja 2014 roku zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania, wskazując, iż zostało ono wniesione po terminie. Zamawiający podniósł, że odwołanie dotyczy treści SIWZ, która opublikowana została na stronie internetowej zamawiającego w dniu 1 marca 2014 r., a zatem termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 11 marca 2014 r. Ponadto, z ostrożności procesowej, zamawiający przedstawił stanowisko merytoryczne w sprawie, co do zarzutów podniesionych w treści odwołania.

Odwołujący wniósł opozycję względem przystąpienia do postępowania odwoławczego OPTeam S.A., po stronie zamawiającego, wskazując, że OPTeam S.A. nie wykazała interesu w tym, żeby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego, albowiem OPTeam S.A. w zgłoszeniu przystąpienia, odnosiła się jedynie do warunków udziału w postępowaniu, w tym powoływała się na warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia, w sytuacji gdy odwołanie nie dotyczy w ogóle warunków udziału w postępowaniu, lecz treści SIWZ i sposobu opisu przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności, Izba ustaliła, że opozycja odwołującego przeciw przystąpieniu wykonawcy OPTeam S.A. do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 185 ust. 4 zd. 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający lub odwołujący może zgłosić opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy nie później niż do czasu otwarcia rozprawy. Izba uwzględni opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił; w przeciwnym razie Izba oddała opozycję.

Zgłaszająca przystąpienie spółka OPTeam S.A., w treści pisma zawierającego przystąpienia w pkt I wskazała, że: *„Przystępujący posiada interes prawny w przystąpieniu*

do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – Uniwersytetu Przyrodniczego we Wrocławiu, gdyż warunki udziału w postępowaniu zostały określone w sposób prawidłowy. Według informacji posiadanych przez Wykonawcę warunki udziału w postępowaniu spełnia większa ilość wykonawców. Zgodnie z powszechnie przyjętym stanowiskiem w doktrynie warunki wiedzy i doświadczenia mają umożliwić Zamawiającemu wybór najkorzystniejszej oferty i najlepszego wykonawcy. Zatem warunki powinny umożliwiać dostęp do postępowania jedynie najlepszym wykonawcom. Wskazane uzasadnienie stanowi potwierdzenie istnienia interesu Wykonawcy do złożenia przystąpienia po stronie Zamawiającego”.

Uzasadniając opozycję co do przystąpienia OPTeam S.A. do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, odwołujący wskazał, że OPTeam S.A., nie wykazała interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, gdyż OPTeam S.A. w zgłoszeniu przystąpienia, uzasadniając swój interes w przystąpieniu, odnosiła się jedynie do warunków udziału w postępowaniu, w tym warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia, w sytuacji, gdy odwołanie dotyczy wyłącznie treści SIWZ i opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby odwołujący uprawdopodobnił, że wykonawca OPTeam S.A. nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. OPTeam S.A. w treści pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wskazała, że warunki udziału w postępowaniu zostały określone w sposób prawidłowy oraz wskazała, że warunki wiedzy i doświadczenia mają umożliwić zamawiającemu wybór najkorzystniejszej oferty i najlepszego wykonawcy. W żaden sposób nie odniósł się zaś do prawidłowości sformułowań poszczególnych postanowień SIWZ, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, których dotyczą zarzuty podniesione w odwołaniu. Nie sposób nie przyznać racji odwołującemu, że w swoim odwołaniu w ogóle nie kwestionował postanowień dotyczących warunków udziału w postępowaniu.

Skoro więc OPTeam S.A. uzasadniając posiadanie interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, odwoływała się do prawidłowego sformułowania przez zamawiającego postanowień dotyczących warunków udziału w postępowaniu, które nie były przedmiotem ani jednego zarzutu odwołania, to należało uznać, że wykonawca nie posiada interesu we wskazanym zakresie.

Odnosząc się do kwestii przesłanek odrzucenia odwołania określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiących jednocześnie negatywne przesłanki procesowe, uniemożliwiające rozpoznanie odwołania co do meritum, Izba ustaliła, co następuje.

Odwołujący podnosił, że powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania w dniu 15 kwietnia 2014 roku, kiedy to zostały zamieszczone na stronie Zamawiającego pytania i odpowiedzi do specyfikacji istotnych warunków zamówienia [tj. *Informacja dla wykonawców Nr 2*], i kiedy to zamawiający nadał postanowieniom określony kształt lub zaniechał ich zmiany.

W ocenie Izby, Zamawiający w treści *Informacji dla wykonawców Nr 2*, datowanej na dzień 15 kwietnia 2014 r., a opublikowanej na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 16 kwietnia 2014 r. nie wprowadził żadnych zmian do pierwotnego brzmienia poszczególnych postanowień zawartych w treści SIWZ, których dotyczyły zarzuty odwołującego.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że korzystanie z prawa do wniesienia przez wykonawcę odwołania wobec czynności udzielenia wyjaśnień przez zamawiającego nie może prowadzić do obejścia przepisów w zakresie terminów do wniesienia odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub treści SIWZ [por. postanowienie KIO z dnia 27 maja 2013 r., sygn. akt. KIO 1130/13, LEX nr 1343924].

W postanowieniu z dnia z dnia 13 czerwca 2012 roku [sygn. akt KIO 1164/12, LEX nr 1169771] Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że *jedynie wniesienie odwołania wobec postanowień SIWZ zmodyfikowanych na skutek zapytań podlega odrębnemu liczeniu terminu na skorzystanie ze środka ochrony prawnej*.

Co więcej, nie każda zmiana SIWZ powoduje przedłużenie terminu do kwestionowania jej postanowień, a jedynie taka, która jest związana z zarzutami odwołania w ten sposób, iż przed dokonaniem przez zamawiającego zmian w zakresie treści SIWZ, podniesienie zarzutu objętego odwołaniem byłoby niemożliwe [por. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 sierpnia 2013 r. [sygn. akt. KIO 1810/13, LEX nr 1400111].

Wobec ustalenia w przedmiotowej sprawie, że kwestionowane przez odwołującego postanowienia SIWZ, w tym w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, zachowały swoje

pierwotne brzmienie, określone w treści SIWZ, która została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 1 marca 2014 roku, należy uznać, że to od dnia 1 marca 2014 roku należy liczyć bieg 10-dniowego terminu do wniesienia odwołania, a nie jak błędnie wskazał odwołujący, że dopiero od dnia 15 kwietnia 2014 roku.

Jeżeli odwołujący uważał, że treść SIWZ jest niejednoznaczna, niejasna i nieprecyzyjna, że nie zawiera wszystkich istotnych informacji, niezbędnych do sporządzenia ważnej oferty i do przedstawienia prawidłowej kalkulacji kosztów oraz, że poszczególne postanowienia SIWZ zostały ukształtowane w sposób prowadzący do nieuprawnionego ograniczenia konkurencji, to powinien złożyć odwołanie nie później niż w terminie do dnia 11 marca 2014 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba ustaliła, że termin na wniesienie odwołania, obejmującego wskazane w nim zarzuty, upłynął z dniem 11 marca 2014 roku. W konsekwencji odwołanie wniesione w dniu 25 kwietnia 2014 roku należy uznać za wniesione z przekroczeniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Mając powyższe na uwadze, Izba rozstrzygnęła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący: