

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 30 czerwca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący** - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania w dniu **30 czerwca 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **20 czerwca 2016 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **Oxygen Information Technology Sp. z o.o., ul. Rodziewiczówny 11, 05-420 Józefów** - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Akademię Górniczo-Hutniczą im. Stanisława Staszica w Krakowie, Al. Mickiewicza 30, 30 -059 Kraków**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego wykonawcy:

- A. **Comarch Polska S.A. al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków,**
- B. **FONBUD Spółka Akcyjna –sp. k., ul. Redycka 71, 51-169 Wrocław,**

**orzeka:**

**I.1. Odrzuca odwołanie wykonawcy Oxygen Information Technology Sp. z o.o., ul. Rodziewiczówny 11, 05-420 Józefów,**

**I.2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Oxygen Information Technology Sp. z o.o., ul. Rodziewiczówny 11, 05-420 Józefów,**

**I.2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Oxygen Information Technology Sp. z o.o., ul. Rodziewiczówny 11, 05-420 Józefów, tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:.....**

### Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostarczenie platformy informatycznej wykorzystującej technologię chmury obliczeniowej do budowy usługi i treści edukacyjnych w ramach projektu Małopolska Chmura Edukacyjna (MChE) - KC-zp.272-85/16” (Dz. Urz. UE z 20.04.2016 r.), w dniu 20 czerwca 2016 r. zostało wniesione pisemne odwołanie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie przez wykonawcę Oxygen Information Technology Sp. z o.o., ul. Rodziewiczówny 11, 05-420 Józefów.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec treści postanowień ogłoszenia o zamówieniu w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Akademię Górniczo-Hutniczą im. Stanisława Staszica w Krakowie- opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 kwietnia 2016 r. pod nr 2016/S 077-136089. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) została opublikowana również w dniu 20 kwietnia 2016 r.

Odwołujący wskazał, że odwołanie wnoszone jest wobec czynności i zaniechań zamawiającego Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica w Krakowie, polegających na niezgodnym z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) dalej ustawy „Pzp” przygotowaniu i prowadzeniu postępowania, w szczególności poprzez:

- 1) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 zd. drugie Pzp, poprzez niewykonanie przez zamawiającego zobowiązania określonego w postanowieniu wydanym przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 18 maja 2016 r. w sprawach KIO 693/16, KIO 695/16;
- 2) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1-3, art. 30 ust. 4 Pzp, art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez opis wymagań przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający lub wykluczający konkurencję oraz nieadekwatnych do obiektywnych wymagań, jakie powinien spełniać sprzęt będący przedmiotem postępowania tj.:
  - a] określenie warunków technicznych zamawianych dostaw, w ten sposób, że spełniają je urządzenia tylko jednego producenta, przy czym nie jest to warunek uzasadniony jakimikolwiek obiektywnymi okolicznościami po stronie zamawiającego,
  - b] brak dopuszczenia rozwiązań równoważnych,

- c) brak posłużenia się metodami, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 Pzp oraz brak odniesienia do cech funkcjonalnych w opisie przedmiotu zamówienia,
- d) wymaganie rozwiązań, które nie są niezbędne do prawidłowego funkcjonowania systemu.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) wykonania zobowiązania określonego w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2016 r. wydanego w sprawach KIO 693/16, KIO 695/16, polegającego na opublikowaniu do SIWZ nowego wykazu sprzętu zawartego w załączniku nr 11 do SIWZ pn. „Tabelaryczne zestawienie równoważności sprzętu”, spełniającego kryterium równoważności (zgodnie z przepisami Pzp), tym samym którego wskazanie w ofercie nie doprowadzi do odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ, a ponadto wykreślenie z rozdziału 3.2. tiret trzynasty OPZ następujących punktów:

- *„Zamawiający nie potwierdza, że dowolne zestawienie urządzeń wskazanych w zestawieniu będzie spełniać wymagania postawione w SIWZ dla całego rozwiązania,”*
- *„Zamawiający nie potwierdza, że dowolna konfiguracja poszczególnych urządzeń wskazanych w zestawieniu spełnia wymagania postawione dla danego typu urządzenia w SIWZ”.*

2) nakazanie zamawiającemu zmiany w nowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, w zakresie określonym w rozdziale 8 pn. „Testy walidacyjne” - Ramowy zakres testów - poprzez zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia jednoznacznych i jasnych kryteriów zastosowania testów walidacyjnych, oraz wprowadzenia zamkniętego katalogu przeprowadzenia testów walidacyjnych, polegające na wykreśleniu zwrotów *„dowolnej funkcjonalności”*, *„w szczególności obejmą (ale nie muszą być ograniczone do)”*, *„w szczególności”*.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wskazał, że przysługuje mu prawo do złożenia przedmiotowego odwołania. W świetle przepisów obowiązującej ustawy Pzp stroną w postępowaniu odwoławczym może być potencjalny wykonawca, który jest zdefiniowany w art. 179 ust. 1 Pzp jako „inny podmiot” na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił, że posiada interes do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ działania zamawiającego uniemożliwiają jego udział w przedmiotowym postępowaniu z uwagi na ustalenie nieobiektywnych i niczym nieuzasadnionych wymagań

wobec wykonawców, które uniemożliwiają mu złożenie oferty w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku czego na późniejszym etapie będzie pozbawiony możliwości złożenia konkurencyjnej oferty, wobec czego interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może ponieść szkodę.

Według odwołującego możliwość zapoznania się z okolicznościami, stanowiącymi podstawę do złożenia niniejszego odwołania uzyskał w dniu 10 czerwca 2016 r. W tym dniu bowiem, zamawiający opublikował na jego stronie internetowej <http://www.dzp.agh.edu.pl/dla-wykonawcow/ogloszenia-o-przetargach-agh/> powiadomienie o zmianach w SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostarczenie platformy informatycznej wykorzystującej technologię chmury obliczeniowej do budowy usługi i treści edukacyjnych w ramach projektu Małopolska Chmura Edukacyjna (MChE). Zatem, uznał, że dochował terminu określonego w przepisie art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Zdaniem odwołującego publikując nowy (zaktualizowany) Opis Przedmiotu Zamówienia, zamawiający uchybił regułom uczciwej konkurencji i uniemożliwił udział w postępowaniu innym podmiotom, które mogą dostarczyć zamawiającemu określone rozwiązania techniczne konkurencyjne cenowo.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 zd. drugie Pzp, odwołujący motywował niewykonaniem przez zamawiającego zobowiązania określonego w postanowieniu wydanym przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 18 maja 2016 r. w sprawach KIO 693/16, KIO 695/16.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu niewykonanie zobowiązań, których wykonanie było warunkiem cofnięcia odwołania złożonego przez odwołującego w sprawie o sygn. KIO 693/16, oraz drugiego odwołania o sygn. KIO 695/16 złożonego przez firmę FONBUD S.A. Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu. Wyjaśniał, że po opublikowaniu przez zamawiającego SIWZ w dniu 20 kwietnia 2016 r., dwaj potencjalni wykonawcy wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności zamawiającego dotyczących niezgodnego z przepisami ustawy Pzp opisanego przedmiotu zamówienia. W trakcie posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 18 maja 2016r. zamawiający złożył odpowiedzi na oba odwołania, w których po części uwzględnił zarzuty podniesione przez odwołujących. Zamawiający złożył także do akt postępowania dokument z wykazem sprzętu pn. „Tabelaryczne zestawienie równoważności sprzętu”. W wykazie zamawiający wskazał sprzęt różnych producentów, równoważny dla spełnienia wartości parametrów wymaganych przez zamawiającego, a sformułowanych z OPZ. W wyniku dalszych oświadczeń zamawiającego, złożonych przed Krajową Izbą Odwoławczą, zamawiający zobowiązał się do dokonania określonych i wymienionych w protokole z posiedzenia zmian w SIWZ, zaś obaj odwołujący

złożyli oświadczenia o cofnięciu złożonych przez nich odwołań. W związku z tym, postępowanie prowadzone przed Krajową Izbą Odwoławczą zostało umorzone.

Dowód:

- 1) akta sprawy o sygn. KIO 693/16, KIO 695/16 - oryginał w Krajowej Izbie Odwoławczej,
- 2) kopia protokołu posiedzenia KIO z dnia 16.05.2016 r.

Odwołujący kontynuował, że zamawiający po prawie miesiącu od posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą, w dniu 10 czerwca 2016 r. opublikował zmiany w SIWZ, na podstawie których dodał do SIWZ nowy załącznik nr 11 pn. „Tabelaryczne zestawienie urzędzeń równoważnych”. Zamawiający dodatkowo zmienił postanowienia zawarte w rozdziale 3.2 OPZ tiret trzynasty, który brzmi: *„W załączniku nr 11 do SIWZ (tabelaryczne zestawienie urzędzeń równoważnych), wskazane zostały urzędzenia, które - według najlepszej wiedzy Zamawiającego i według stanu na dzień 14 kwietnia 2016 r., spełniają wymagania postawione odpowiednim typom urzędzeń składających się na przedmiot zamówienia. Zamawiający zastrzega przy tym, że:*

*- Zamawiający nie potwierdza, że dowolne zestawienie urzędzeń wskazanych w zestawieniu będzie spełniać wymagania postawione w SIWZ dla całego rozwiązania,*

*- Zamawiający nie potwierdza, że dowolna konfiguracja poszczególnych urzędzeń wskazanych w zestawieniu spełnia wymagania postawione dla danego typu urzędzenia w SIWZ,*

*- Dla osiągnięcia zgodności z wymaganiami SIWZ w poszczególnych przypadkach, konieczne może być zrealizowanie danej funkcjonalności przy wykorzystaniu możliwości opisanej przez Zamawiającego w niniejszym pkt. 3.2. powyżej w tiret siódmym, tzn. połączenie danego urzędzenia z innym urzędzeniem lub oprogramowaniem (np. z adapterem).”*

W ocenie odwołującego - zamawiający poprzez użycie ww. rozdziale 3.2 tiret trzynasty OPZ sformułowań „wedle najlepszej wiedzy”, „Zamawiający nie potwierdza że dowolne zestawienie urzędzeń wskazanych w zestawieniu będzie spełniać wymagania postawione w SIWZ”, „Zamawiający nie potwierdza, że dowolna konfiguracja poszczególnych urzędzeń wskazanych w zestawieniu” - nie wykonał zobowiązań, do których realizacji zobligował się w dniu 18 maja 2016 r. przed Krajową Izbą Odwoławczą, a które to zostały wskazane w postanowieniu wydanym w sprawach KIO 693/16, KIO 695/16.

Odwołujący przypominał, że zamawiający w dniu 18 maja 2016 r. na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, broniąc się przed zarzutem naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, oświadczył, że dysponuje wykazem urzędzeń spełniających minimalne

wymagania określone w OPZ. Dokonując zmiany OPZ z użyciem powyższych zwrotów, zdaniem odwołującego - zamawiający ponownie dopuszcza się naruszenia uczciwej konkurencji, a ponadto nie wykonuje zobowiązań określonych w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej, które to strony odwołania określiły, jako warunek cofnięcia złożonych przez nich odwołań.

Zamawiający poprzez niewykonanie zobowiązań nałożonych na niego przez Krajową Izbę Odwoławczą dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp, na co odwołujący powołał orzecznictwo:

1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2015 r., KIO 675/15): *„Zgodnie z art. 186 ust. 2 ZamPublU, jeżeli zamawiający uwzględni zarzuty odwołania w całości, to jest zobowiązany do wykonania czynności wskazanych przez odwołującego w żądaniach zawartych w odwołaniu. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”*

2) Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 stycznia 2005 r. (UZP/ZO/0-2295/04): *„Zamawiający wykonując wyrok z dnia 16.11.2004r. winien uczynić zadość żądania zawartym w odwołaniu”.*

W związku z powyższym, nie ulegało wątpliwości odwołującego, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp w wyniku niewykonania zobowiązań określonych w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej wydanym w dniu 18 maja 2016 r. w sprawach KIO 693/16, KIO 695/16.

2. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1-3, art. 30 ust. 4 Pzp, art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez opis wymagań przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający lub wykluczający konkurencję, oraz nieadekwatnych od obiektywnych wymagań, jakie powinien spełniać sprzęt będący przedmiotem postępowania, odwołujący argumentował następująco.

Zamawiający w nowym OPZ zmienił dotychczasowe brzmienie zawarte na początku rozdziału 8:

1) Dotychczasowe brzmienie: *„W ramach postępowania Zamawiający zastrzega sobie możliwość przeprowadzenia testów walidacyjnych oferowanych rozwiązań przed zawarciem umowy. Przeprowadzenie procedury testowej jest zależne od uznania Zamawiającego, przy czym jeżeli Zamawiający podejmie decyzję o jej przeprowadzeniu, to testom podlegać będą wszystkie zaoferowane rozwiązania.”*

2) Nowe brzmienie:

*„Zamawiający przewiduje możliwość przeprowadzenia testów oferowanych przez Wykonawców rozwiązań, w ramach oceny ofert. Zamawiający zastrzega, że*

*przeprowadzenie testów jest jego uprawnieniem, a nie obowiązkiem, przy czym jeżeli Zamawiający podejmie decyzję o prowadzeniu testów, testowane będą rozwiązania zaoferowane przez wszystkich Wykonawców. Zamawiający poinformuje Wykonawców o przeprowadzeniu testów w terminie co najmniej 30 dni przed planowanym rozpoczęciem testów”.*

W przekonaniu odwołującego nowe brzmienie początkowego rozdziału 8 OPZ - Ramowy zakres testów - stanowi naruszenie art. 7 w z w. z art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, w zw. z 29 ust. 1 i 2 Pzp, albowiem poprzez użycie zwrotów typu:

1) „dowolnej funkcjonalności”

2) „w szczególności obejmą (ale nie muszą być ograniczone do)”

3) „w szczególności”

- doprowadził do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Utrzymanie w mocy takiego brzmienia rozdziału 8 OPZ przyzna zamawiającemu prawo do weryfikacji przedmiotu dostawy na etapie badania ofert, w sposób, z którym wykonawca nie mógł zapoznać się przed złożeniem oferty, co ma duże znaczenie przy wycenie oferty. Zaznaczał, że zamawiający w ramach publikacji o zmianach SIWZ, dodał nowy załącznik nr 11 do SIWZ pn. „Tabelaryczne zestawienie urządzeń równoważnych”. Odwołujący wskazał, że zgodnie z ustaleniami z posiedzenia, które odbyło się w dniu 18 maja 2016 r. przed Krajową Izbą Odwoławczą, zamawiający zobowiązał się do wskazania w tabeli pn. „Tabelaryczne zestawienie urządzeń równoważnych” urządzeń, które spełniają minimalne wymagania określone w OPZ. Sposób przedstawienia przez zamawiającego kryteriów „równoważności” w ocenie odwołującego narusza normy prawne zawarte w art. 29 ust. 3 Pzp. Zgodnie z wymienionym przepisem i utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej:

1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 października 2014 r. (KIO 1931/14): *Z art. 29 ust. 3 PZP (..) wynika generalna zasada, w myśl której przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Wyjątkami są sytuacje, w których takie skonstruowanie opisu uzasadnione jest specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może go sporządzić za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Nie jest wystarczające ograniczenie się przez zamawiającego tylko do zamieszczenia w opisie przedmiotu zamówienia ww. sformułowania bez jednoczesnego wskazania parametrów, w oparciu o które ustalana będzie równoważność rozwiązań proponowanych przez wykonawców. Zaniechanie ich uszczegółowienia niesie ze sobą doniosłe konsekwencje. Po pierwsze*

*zamawiający w sposób nieuzasadniony ogranicza swoje oczekiwania wyłącznie do jednego, identyfikowanego przez znak towarowy, patent lub pochodzenie, wyrobu, uniemożliwiając de facto składanie ofert równoważnych. Po drugie zaś - nawet gdyby zamawiający otrzymał ofertę, co do której wykonawca twierdziłby, że zawiera ona rozwiązania równoważne do opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - nie jest możliwe dokonanie porównania takiej oferty z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”,*

2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2015 r. (KIO 1014/15): „*Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję, co nie oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie konsekwentnie wskazuje, że granicą rygoryzmu przy formułowaniu wymagań w zakresie parametrów technicznych zamówienia są obiektywne potrzeby Zamawiającego. Kluczowym w zakresie opisu przedmiotu zamówienia są zatem potrzeby Zamawiającego, jednakże muszą być obiektywne, uzasadnione i w tym zakresie niedyskryminujące”.*

Odwołujący wskazał, że w jego ocenie następujące urządzenia zawarte w załączniku nr 11 pn. „Tabelaryczne zestawienie urządzeń równoważnych” nie spełniają minimalnych wymagań określonych w OPZ, przy czym odwołujący zastrzegając sobie prawo do przedstawienia na rozprawie większej ilości urządzeń z załącznika nr 11 niespełniających wymagań OPZ:

Urządzenia z załącznika nr 11 według odwołującego - niespełniające wymagań OPZ, przedstawił w zestawieniu tabelarycznym.

Jako wnioskowane dowody odwołujący wymienił:

- 1 ) karta katalogowa Polycom RealPresence Desktop for Windows,
- 2) karta katalogowa CISCO MERAK1 MX,
- 3) zrzut ze strony serwisu technologicznego Cisco Meraki odnośnie YouTube for Schools,
- 4) zrzut ze strony serwisu technologicznego Google odnośnie YouTube for Schools,
- 5) karta katalogowa - zestawienie Edge-core NETWORKS,
- 6) karta katalogowa Juniper QFX5100,
- 7) karta katalogowa Inventée D6254 QS,
- 8) karta katalogowa Arista 7050X,
- 9) karta katalogowa Brocade VDX 6940 Switches,
- 10) karta katalogowa Polycom RealPresence Web Suite.



11) kopia protokołu posiedzenia KIO z dnia 18.05.2016 r.,

Ogłoszenie o zmianach w SIWZ zostało opublikowane na stronie internetowej w dniu 10 czerwca 2016 roku, odwołujący uznał zatem, że odwołanie złożył w ustawowym terminie.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 21 czerwca 2016 r., pisemne zgłoszenia do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom w dniu 23 czerwca 2016 r. - po stronie odwołującego złożyli wykonawcy:

A. Comarch Polska S.A. al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków;

B. FONBUD Spółka Akcyjna - sp. k., ul. Redycka 71, 51-169 Wrocław

- którzy wnosili o uwzględnienie odwołania, gdyż sposób ukształtowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia uniemożliwia/ utrudnia złożenie oferty.

### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 2014 r. poz. 964) nie przewidują prowadzenia procedury mediacyjnej przez Krajową Izbę Odwoławczą, ani też nie przewidują możliwości zawarcia ugody przed Izbą przez strony postępowania odwoławczego, niedotrzymanie warunków której, byłoby podstawą do wnoszenia środków ochrony prawnej przez wykonawców.

Takiego znaczenia - „zawarcia ugody” przed Izbą między odwołującym a zamawiającym w kwestii ostatecznego kształtu specyfikacji istotnych warunków zamówienia - nie można nadać stwierdzeniom podanym w postanowieniu sygn. akt KIO 693/16 i KIO 695/16 z dnia 18 maja 2016 r., w którym zostały jedynie odnotowane przez Izbę następujące okoliczności faktyczne.

Protokół posiedzenia podaje: *„Ponadto pełnomocnik Zamawiającego składa odpowiedź na oba odwołania wraz ze stanowiskiem do odwołania 695/16 - tabelaryczne zestawienie równoważności sprzętu, który jest możliwy do dostarczenia w tym postępowaniu celem spełnienia wymagań sprzętowych.*

*Celem umożliwienia uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią złożonych pism o godz. 10:30 przewodniczący zarządził przerwę na czas wnioskowany przez odwołujących. O godz. 12:05 przewodniczący wznowił posiedzenie.*

*Po przerwie Odwołujący Fonbud oświadcza, że w wyniku ustalenia przez strony stanowisk co do zasadności podnoszonych zarzutów, oraz w oparciu o treść dokumentu*

zawierającego Tabelaryczne zestawienie równoważności sprzętu, złożonego przez Zamawiającego na dzisiejszym posiedzeniu, podaje, że jeżeli Zamawiający zobowiąże się poprzez złożenie oświadczenia do protokołu posiedzenia, iż dokument ten w przedłożonej treści stanie się załącznikiem postanowień SIWZ, to wtedy Odwołujący iż cofnie wniesione odwołanie.

W odpowiedzi na stanowisko Odwołującego pełnomocnik Zamawiającego oświadcza, iż nie dookreślając formy, w jakiej nastąpi przeniesienie treści ww. dokumentu do treści SIWZ, to dokument ten zostanie włączony do treści postanowień SIWZ i zostanie podany do informacji wszystkim wykonawcom poprzez zamieszczenie go na stronie internetowej zamawiającego.

Wobec powyższego Odwołujący Fonbud oświadcza, iż cofa złożone odwołanie.

O godz. 12:33 przewodniczący na wniosek odwołującego Oxygen zarządził przerwę. O godz. 13:07 przewodniczący wznowił posiedzenie.

Po przerwie pełnomocnik Zamawiającego oświadcza, iż w wyniku analizy treści odwołania wykonawcy Oxygen, iż zobowiązuje się:

- do sprecyzowania zapisów z pkt 3.2 tiret 7 OPZ poprzez wyraźne wskazanie, iż dopuszcza realizację grup funkcjonalności poprzez różne urządzenia i oprogramowania, takie jak adaptery, dodatkowe oprogramowanie itd.,
- sprecyzować postanowienia dotyczące zakresu i procedury testowej zawartych w pkt 2 odwołania poprzez wskazanie katalogu rodzajów testów możliwych do wykonania na urządzeniach, których dostarczenia do testów Zamawiający wymagał,
- ponadto w zakresie pkt 10 odwołania zobowiązuje się do zmiany wartości z 1.2 Gbps na 1.166Gbps,
- w zakresie pkt 39 zobowiązuje się zwiększyć maksymalną wagę z urządzenia z 5 kg na 5,5 kg.”

W postanowieniu o umorzeniu postępowania sygn. akt KIO 693/16 i KIO 695/16 z dnia 18 maja 2016 r. Izba w oparciu o powyższe, odnotowała:

„W trakcie posiedzenia przed KIO zamawiający złożył odpowiedzi na oba odwołania w których po części uwzględnił zarzuty odwołujących, a ponadto złożył dokument zawierający Wykaz, pn. Tabelaryczne zestawienie równoważności sprzętu w którym wskazał sprzęt różnych producentów, równoważny dla spełnienia wartości parametrów sprzętowych wymaganych przez zamawiającego. W wyniku kolejnych oświadczeń zamawiającego w których zobowiązał się do dokonania określonych i wymienionych w protokole z posiedzenia zmian SIWZ, odwołujący oświadczyli o cofnięciu obu odwołań.

*Wobec powyższego Izba była zobowiązana do umorzenia postępowania odwoławczego.”*

W przedmiotowym stanie faktycznym decydujące znaczenie miało oświadczenie odwołującego o wycofaniu odwołania.

Uwzględnienie odwołania przez zamawiającego, jak i też wycofanie odwołania przez wnoszącego odwołanie wykonawcę stanowi czynność dyspozytywną strony, w którą Izba nie ingeruje, ani jej nie weryfikuje pod względem merytorycznym. Sprawdza jedynie, czy oświadczenie w tym przedmiocie zostało złożone skutecznie przez osobę umocowaną.

Skutkiem uwzględnienia odwołania w całości, przy braku sprzeciwu ze strony wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, jest zgodnie z art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy Pzp umorzenie postępowania odwoławczego przez Izbę i obowiązek wypełnienie przez zamawiającego nakazu wynikającego z tej normy - wykonania powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Bezspornie zamawiający w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 693/16 i KIO 695/16 nie złożył oświadczenia, że w całości uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu wykonawcy Oxygen Information Technology Sp. z o.o., czy w odwołaniu wykonawcy FONBUD Spółka Akcyjna -sp. k.

Umorzenie postępowań odwoławczych było następstwem wycofania obydwu odwołań. Nie istnieje zatem żadna podstawa, aby odwołujący mógł się domagać wykonania ustaleń, jakie poczynił z zamawiającym w trakcie poprzednich spraw odwoławczych.

Powyższego skutku nie wywołuje częściowe uwzględnienie zarzutów, a tym bardziej mgliste, nieskonkretyzowane obietnice zamawiającego dokonania zmian w SIWZ w przyszłości. Proponowany przez zamawiającego wykaz sprzętu równoważnego został odwołującemu udostępniony. Jak wynika z protokołu niejawnego posiedzenia Izby z udziałem odwołujących, strony prowadziły uzgodnienia poza salą rozpraw, w trakcie udzielonych przerw.

Izba w postanowieniu o umorzeniu postępowań odwoławczych - wobec wycofania wniesionych odwołań - nie zobowiązała do czegokolwiek zamawiającego - ponieważ taka procedura nie istnieje. Nie jest również możliwe warunkowe wycofanie odwołania.

W przypadku uwzględnienia niektórych zarzutów odwołania, Izba merytorycznie rozpatruje odwołanie na rozprawie i jest uprawniona, aby uznać je za fakty przyznane przez zamawiającego w toku postępowania odwoławczego, które w trybie art. 190 ust. 5 ustawy Pzp nie wymagają dalszego dowodu, aby Izba mogła orzec wyrokiem o ich uwzględnieniu i

nakazać zamawiającemu wprowadzenie postulowanych odwołaniem zmian w SIWZ, które na moment orzekania nie dostały przez zamawiającego dokonane.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) została bezspornie opublikowana w dniu 20 kwietnia 2016 r. Skoro odwołujący skarżył jej zapisy odwołaniem z dnia 29 kwietnia 2014 r., oznacza to, że uznawał postanowienia SIWZ za wadliwe. Dokonane zmiany przez zamawiającego w dniu 10 czerwca 2016 r., jak przyznawał odwołujący nie odpowiadały wzajemnym uzgodnieniom stron i nie wyeliminowały niezgodności tkwiących pierwotnie w skarżonej specyfikacji.

Wobec powyższego zawity termin na wniesienie odwołania winien być liczony od dnia publikacji SIWZ w dniu 20 kwietnia 2016 r. i upłynął w dniu 30 kwietnia 2016 r., w sytuacji gdy odwołujący dobrowolnie cofnął swoje poprzednie odwołanie.

Przepis art. 187 ust. 7 ustawy Pzp stanowi, że odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Skoro na dzień wyznaczonego terminu posiedzenia i rozprawy w sprawach sygn. akt KIO 693/16 i KIO 695/16 dnia 18 maja 2016 r. zamawiający nie dokonał zmian w SIWZ - jakich żądał odwołujący i ich nie opublikował w sposób wiążący wykonawców, ryzykiem odwołującego - utraty terminu na skarżenie postanowień SIWZ - było wycofanie przez niego w całości wniesionego odwołania w sprawie Sygn. akt KIO 693/16, z czym wiązał się obligatoryjny wymóg ustawowy umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę. Gdyby wykonawca nie wycofał w całości odwołania, obowiązkiem Izby byłoby merytoryczne rozstrzygnięcie odwołania w granicach zarzutów i żądań podtrzymanych w trakcie rozprawy.

Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity, a jego bezskuteczny upływ w dniu 30 kwietnia 2016 r. - wobec wycofania odwołania - spowodował utratę możliwości skorzystania z wymienionego środka ochrony prawnej. Z uwagi na powyższe, zarzuty odwołania z dnia 20 czerwca 2016 r. Izba uznała za zgłoszone z uchybieniem terminu, zatem odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z 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 zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Odwołanie zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a także wobec postanowień specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji.

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które pozostają ustalane z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust.

3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie, o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało odrzucone kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego. Izba w oparciu o § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczyła uiszczony przez odwołującego wpis na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

Na podstawie § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 2014 r. poz. 964), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....