

POSTANOWIENIE

z dnia 26 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **26 listopada 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2014 r.

przez wykonawcę: „**K 3 System**” **sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja hurtowni danych SAP BW wraz z rozszerzeniem o nowe funkcjonalności poprzez migracje systemu na nową platformę technologiczną* (nr postępowania Z-362-17/14)

prowadzonym przez zamawiającego: **Sąd Apelacyjny we Wrocławiu**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz: „K 3 System” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Sąd Apelacyjny we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Modernizacja hurtowni danych SAP BW wraz z rozszerzeniem o nowe funkcjonalności poprzez migracje systemu na nową platformę technologiczną* (nr postępowania Z-362-17/14). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 12 listopada 2014 r. pod nr 2014/S_218-385263. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} na swojej stronie internetowej {www.wroclaw.sa.gov.pl}. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

17 listopada 2014 r. Odwołujący – „K 3 System” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {spółka zwana również dalej w skrócie „K3 System”} wniósł, w formie pisemnej, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1-3 – przez bezpodstawne ograniczenie uczciwej konkurencji, polegające na wyłącznie pozornym dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkty równoważne do opisanych z nazwy własnej produktów SAP.
2. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 – przez opisanie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, że zamiast sformułowania warunku tak, aby wykonawca musiał wykazać się doświadczeniem adekwatnym do przedmiotu zamówienia i dającym gwarancję jego prawidłowego wykonania, Zamawiający żąda doświadczenia we współpracy z konkretnym producentem oprogramowania (SAP) oraz wykazania się doświadczeniem identycznym jak przedmiot zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji zakwestionowanych postanowień ogłoszenia i SIWZ w następującym zakresie lub brzmieniu:

1. Dokonania zmiany formularza ofertowego (załącznika nr 1) w taki sposób, aby możliwe było zaproponowanie w nim produktów równoważnych do wskazanych produktów SAP.
2. Dokonania modyfikacji opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału

w postępowaniu w taki sposób, aby w każdym miejscu – gdzie dotychczas Zamawiający wskazuje na konieczność posiadania doświadczenia związanego z produktami SAP, zarówno przez wykonawcę, jak i osoby, którymi ten wykonawca ma dysponować, oraz na konieczność wykazania się osobami z certyfikatami SAP – dopuszczono możliwość wykazania doświadczenia nabytego w trakcie realizacji zamówień na produktach równoważnych do oferowanych przez SAP, oraz dysponowania osobami z certyfikatami zapewniającymi realizację zamówienia przy użyciu produktu równoważnego.

3. Dodania, że w przypadku oferowania produktów równoważnych do SAP oferowany sprzęt nie musi być certyfikowaną konfiguracją zgodną z SAP HANA dostępną na stronie SAP HANA Hardware Certification-Appliance (HANA-HWC-AP SU 1.0) – <http://scn.sap.com/docs/DQC-52522> (wymaganie zawarte na str. 45 SIWZ w pkt 2).
4. Dodania, że w przypadku oferowania produktów równoważnych nie jest wymagane dostarczenie certyfikatu lub oświadczenia producenta o zgodności oferowanego sprzętu z certyfikowanym rozwiązaniem dla SAP HANA (wymaganie zawarte na str. 45 SIWZ w pkt 3)

Dodatkowo odwołujący sprecyzował powyżej wymienione zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych.

{ad 1}

Odwołujący podał, że Zamawiający w ramach realizacji przedmiotu zamówienia wymaga m.in. dostawy następujących licencji SAP HANA: 1) SAP HANA Database Edition for BW, nr katalogowy 7011585, 4 licencje, 2) SAP HANA Base Edition, nr katalogowy 7016981, 2 licencje, 3) SAP HANA Real-Time Replication Option, nr katalogowy 7017051, 2 licencje, 4) SAP HANA Data Management Option, nr katalogowy 7017056, 2 licencje.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez wskazanie na nazwę konkretnego oprogramowania konkretnego producenta, które ma być przedmiotem dostawy oraz z uwzględnieniem wszelkich produktów, jakie są niezbędne dla realizacji przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem produktu SAP.

Odwołujący podał, że Zamawiający, co prawda, zawarł w rozdziale III następujące postanowienia:

3. *Ileokroć w opisie przedmiotu zamówienia użyte są znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, a także normy, Zamawiający dopuszcza rozwiązanie równoważne.*
4. *Przez produkt równoważny dla wyspecyfikowanego przedmiotu zamówienia rozumie się taki, który w sposób poprawny współpracuje z dedykowanymi programami (aplikacjami) Zamawiającego wymienionymi poniżej w pkt. 6, a jego zastosowanie nie wymaga żadnych nakładów związanych z dostosowaniem (programu) aplikacji Zamawiającego i posiada wszystkie funkcjonalności i zakres usług określone w specyfikacji technicznej zawartej*

w niniejszej dokumentacji, a w szczególności w części I Opisu przedmiotu zamówienia WYMAGANIA TECHNICZNE I FUNKCJONALNE DLA PLATFORMY TECHNOLOGICZNEJ.

5. W przypadku zaoferowania przez Wykonawcę produktu (rozwiązania) równoważnego Wykonawca musi na podstawie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę dokumentacji oferowanych produktów co najmniej wykazać, że produkt (rozwiązanie) - usługa równoważna spełnia wymagania Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił, że takie dopuszczenie równoważności jest wyłącznie pozorne z następujących powodów.

Jak wynika z formularza ofertowego, wykonawca ma podać cenę za licencje SAP HANA z uwzględnieniem wszystkich usług i produktów jakie są wymagane dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia przy użyciu produktów SAP, tj.: licencji na oprogramowanie SAP HANA Database Edition for BW, licencji na oprogramowanie SAP HANA Base Edition, licencje na oprogramowanie SAP HANA Real Time Replication Option, licencji na oprogramowanie SAP HANA Data Management Option, usługi wsparcia Enterprise Support dla dostarczonego oprogramowania SAP, dostawy platformy sprzętowej wraz z serwisem przez okres 36 miesięcy od dnia dostawy, usługi wdrożenia systemu SAP HANA (w tym migracji z SAP BW na SAP HANA, podniesienia wersji systemu SAP BW, optymalizacji wydajnościowej procesu raportowania oraz 30-dniowego okresu wsparcia po starcie produkcyjnym).

Odwołujący stwierdził, że zastosowany opis przedmiotu zamówienia, w szczególności liczba licencji oraz pakiet usług jest wyłącznie właściwy dla produktów SAP. Jednocześnie jest to sprzeczne z zasadami równoważności wskazanymi przez samego Zamawiającego w SIWZ, definiującymi produkt równoważny jako rozwiązanie, które *w sposób poprawny współpracuje z dedykowanymi programami (aplikacjami) Zamawiającego wymienionymi poniżej w pkt. 6, a jego zastosowanie nie wymaga żadnych nakładów związanych z dostosowaniem (programu) aplikacji Zamawiającego i posiada wszystkie funkcjonalności i zakres usług określone w specyfikacji technicznej zawartej w niniejszej dokumentacji, a w szczególności w części I Opisu przedmiotu zamówienia WYMAGANIA TECHNICZNE I FUNKCJONALNE DLA PLATFORMY TECHNOLOGICZNEJ.*

Odwołujący wskazał, że formularz ofertowy (załącznik nr 1) zawiera rubrykę dotyczącą licencji SAP Hana ze wskazaniem na 4 sztuki, a dla pozostałych licencji również zawiera ich liczbę. W przypadku oferowania innego produktu nie ma możliwości wpisania licencji obejmujących swoim zakresem ten sam zakres uprawnień, który zamawiający nabywałby przy zakupie licencji SAP Hana. Wynika to z tego, że zasady licencjonowania oprogramowania wiążą się zazwyczaj albo z liczbą serwerów (licencja *per core*) albo z liczbą użytkowników (licencja *per user*). Przyjęcie jednej licencji SAP Hana, w zakresie

wynikającym z polityki licencjonowania producenta SAP, jako miernika – uniemożliwia złożenie oferty obejmującej inne produkty, dla których producenci udzielają innego rodzaju licencji. Nie ma przy tym możliwości wskazania na przykład, że jedna licencja na produkt równoważny daje takie same bądź szersze uprawnienia jak cztery licencje SAP Hana. W przypadku gdy np. 1 licencja SAP HANA umożliwia korzystanie z danego oprogramowania nieograniczonej liczbie użytkowników na jednym serwerze, a 1 licencja na produkt równoważny pozwala na korzystanie z oprogramowania jednemu użytkownikowi na nieograniczonej liczbie serwerów. Złożenie oferty na taki produkt, przy założeniu, że muszą być 4 licencje jest niemożliwe, a ewentualnie tak skonstruowana oferta będzie nieporównywalna z innymi ofertami.

Odwołujący podsumował, że tak skonstruowany formularz ofertowy jest dopasowany wyłącznie do przedstawienia oferty obejmującej produkty znajdujące się w katalogu produktów oferowanych przez SAP, co uniemożliwia złożenie oferty z produktem równoważnym.

{ad 2}

Odwołujący zarzucił ponadto, że za ograniczające uczciwą konkurencję uznać należy również opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, który wskazuje na konieczność wykazania się doświadczeniem związanym stricte z produktami SAP.

Odwołujący podał, że zgodnie z rozdziałem VIII do udziału w postępowaniu dopuszczeni są wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonują łącznie następujące usługi: a) co najmniej 1 usługa o wartości co najmniej 500 000 zł brutto w zakresie uruchomienia produktywnego SAP HANA, b) co najmniej jedna usługa migracji rozwiązania SAP BW na platformę SAP HANA. Ponadto wykonawca ma wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował następującymi osobami, które będą wykonywać przedmiot zamówienia: a) kierownikiem projektu posiadającego minimum 2-letnie doświadczenie w prowadzeniu projektów informatycznych związanych z wdrażaniem SAP HANA oraz posiadający certyfikat SAP Enterprise Architect, b) co najmniej jedną osobą posiadającą certyfikat OS/DB Migration for SAP Systems oraz certyfikat oferowanej platformy SAP HANA APPLIANCE oraz doświadczenie w minimum 2 projektach SAP BW na platformie SAP Hana, c) co najmniej jedną osobą posiadającą certyfikat SAP Business Warehouse oraz doświadczenie w minimum 2 projektach SAP BW na platformie SAP Hana, d) co najmniej jedną osobą posiadającą certyfikat SAP Certified Application Associate dla SAP Hana oraz doświadczenie w minimum 2 projektach wdrożenia SAP Hana.

Sygn. akt KIO 2417/14

Zdaniem Odwołującego powyższy opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu ogranicza konkurencję, gdyż do udziału w postępowaniu dopuszczeni są wyłącznie wykonawcy którzy oferują konkretne rozwiązanie jednego producenta, tj. SAP Hana. Wykonawca, który posiada doświadczenie w realizacji rozwiązań równoważnych, nie ma tym możliwości wzięcia udziału w postępowaniu. Eliminowani są więc z udziału wszyscy wykonawcy, którzy nie współpracują, ani też nie współpracowali z producentem oprogramowania wskazanego z nazwy własnej przez Zamawiającego.

Odwołujący zauważył przy tym, że na rynku istnieją produkty posiadające takie same funkcjonalności jak SAP Hana, tyle, że ich producentem nie jest SAP, a inny podmiot.

Według Odwołującego dopuszczenie przez Zamawiającego rozwiązań równoważnych, determinuje konieczność dopuszczenia do zamówienia wykonawcę, który posiada doświadczenie w realizacji zamówień obejmujących takie rozwiązania równoważne. Natomiast określenie warunków udziału przez Zamawiającego powoduje, że dopuszczenie dostawy rozwiązań równoważnych jest pozorne.

Zamawiający w piśmie z 20 listopada 2014 r. poinformował Izbę, że kopia odwołania i wezwanie do przyłączenia się do postępowania odwoławczego zostały zamieszczone na jego stronie internetowej 18 listopada 2014 r.

W odpowiedzi na odwołanie z 25 listopada 2014 r. Zamawiający dodał, że niezwłocznie przekazał kopię odwołania oraz wezwał do przyłączenia się do postępowania odwoławczego wykonawcę S&T Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

25 listopada 2014 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy pzp – postanowił uznać i uwzględnić w całości zarzuty odwołania z 17 listopada 2014 r. W związku z tym Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego bez obecności stron.

Zamawiający poinformował również w jaki sposób dokonał zmiany formularza ofertowego, aby umożliwić zaoferowanie produktów równoważnych (zmodyfikowany formularz ofertowy został załączony do odpowiedzi na odwołanie).

Ponadto Zamawiający zobowiązał się do dokonania zmian opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, że w przypadku zaoferowania przez wykonawcę rozwiązania równoważnego, dopuszczona zostanie możliwość wykazania doświadczenia nabytego w trakcie realizacji zamówień przy

zastosowaniu produktów równoważnych do oferowanych przez SAP, a także dysponowania osobami posiadającymi certyfikaty zapewniające realizację zamówienia z użyciem takich równoważnych produktów. Zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie zmodyfikowane brzmienie rozdziału VIII, które zamierza wprowadzić.

Zamawiający zobowiązał się również do dokonania zmiany brzmienia wymagań z pkt 2 i 3 ze str. 45 SIWZ, prezentując w odpowiedzi na odwołanie nową treść postanowień, które zamierza w prowadzić w tych punktach do projektu umowy.

Zamawiający wskazał, że opisane w odpowiedzi na odwołanie zmiany wprowadzi do ogłoszenia o zamówieniu i s.i.w.z. 26 listopada 2014 r.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zamawiający w piśmie z 25 listopada 2014 r. w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza badaniem i oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej należy odnotować, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu wykonać w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po jego stronie nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy

Sygn. akt KIO 2417/14

art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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: