

Sygn. akt: KIO 119/14

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 04 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu **04 lutego 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24.01.2014 r.** przez wykonawcę **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa; adres do korespondencji: Wydział Zamówień Publicznych Biuro Finansów KGP, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa**

przy udziale wykonawców **ANDRY Sp. z o.o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 Warszawa; Intertrading Systems Technology Sp. z o. o., Al. Jerozolimskie 56c, 00-803 Warszawa; S&T Services Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21 D, 02-676 Warszawa** zgładzających swój udział w sprawie po stronie odwołującego

**postanawia:**

**1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907) 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:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zakup usługi serwisu pogwarancyjnego sprzętu dla systemów AFIS oraz KSI”, nr ewidencyjny 265/Błil/13/AL, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 010-013442 z dnia 15.01.2014 r. przez Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa; adres do korespondencji: Wydział Zamówień Publicznych Biuro Finansów KGP, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa zwaną dalej: „Zamawiającym”. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SIWZ”.

W dniu 24.01.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa zwana dalej: „Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” wniósł na podstawie art. 179 ust.1 i art. 180 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 24.01.2014 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił postanowieniom SIWZ:

1) umieszczenie w treści SIWZ postanowień powodujących niemożliwość wykonania części świadczeń objętych przedmiotem zamówienia, a co za tym idzie skutkujących nieważnością umowy, czym Zamawiający naruszył art. 387 k.c. w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp.

2) umieszczenie w treści SIWZ postanowień niejasno i niejednoznacznie opisujących przedmiot zamówienia, czym Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 Pzp. Po zapoznaniu się z treścią SIWZ otrzymanej od Zamawiającego i dokonaniu jej analizy, Odwołujący stwierdził, iż zawiera ona postanowienia naruszające przepisy Pzp i tym samym niezbędne jest dokonanie stosownych modyfikacji postanowień tejże SIWZ. Podkreślił, że zarówno zgodnie z poglądem doktryny jak i orzecnictwem w zakresie prawa zamówień publicznych, wykonawca jest uprawniony do wniesienia odwołania na treść specyfikacji w tym także na będące jej częścią postanowienia umowy. Odwołanie takie może być oparte zarówno na bezpośrednim naruszeniu przepisów Pzp jak i na naruszeniu przepisów kodeksu cywilnego w związku z brzmieniem art. 14 i art. 139 ust 1 Pzp. W SIWZ, w tym we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ, Zamawiający określił, iż przedmiotem umowy zawartej

w ramach postępowania, będzie świadczenie usług serwisu pogwarancyjnego. Zakres urządzeń objętych tą usługą Zamawiający wyspecyfikował w załączniku nr 1a (zwanym dalej „Załącznikiem 1a”) oraz załączniku nr 1 b (zwanym dalej „Załącznikiem 1b”), stanowiących część składową załącznika nr 5 do SIWZ, zaś opis usługi serwisu pogwarancyjnego zawarł w załączniku nr 2 (zwanym dalej „Załącznikiem 2”), który również stanowił część składową załącznika nr 5 do SIWZ. Definiując zakres usługi serwisu pogwarancyjnego Zamawiający w pkt 2 Załącznika 2 wskazał, iż usługa ta polegać będzie na usuwaniu awarii, rozumianym jako: „przywrócenie pierwotnej funkcjonalności sprzętu i/lub systemu operacyjnego lub uruchomienie i wdrożenie procedur zastępczych zaproponowanych przez Wykonawcę, zaakceptowanych przez Zamawiającego, gwarantujących przywrócenie pełnej funkcjonalności sprzętu oraz systemu operacyjnego bez naruszania jakichkolwiek praw licencyjnych\_ autorskich oraz gwarancji sprzętowych”. Jako Awaria Krytyczna została we wzorze umowy zdefiniowana przez Zamawiającego każda awaria dowolnego sprzętu objętego usługami serwisu pogwarancyjnego (czyli każdego serwera, macierzy, switch itd.) i/lub awaria Systemu Operacyjnego, która uniemożliwia ich działanie lub drastycznie je ogranicza, w szczególności zwiększa ryzyko utraty integralności, poufności danych i dostępności. We wskazanym Załączniku 2 Zamawiający określił także terminy usuwania awarii, które na przykład w przypadku Awarii Krytycznej wynoszą 24 godziny. Dodatkowo w Załączniku 2 znalazł się również zapis pkt 10, zgodnie z którym: „W ramach niniejszej Umowy pozycje nr11, 12, 15, 16 - KSI serwery oraz 1,2 – serwery pomocnicze zawarte w Załączniku 1a przedmiotowej Umowy nie wymagają upgrade’u sterowników urządzeń lub/oraz oprogramowania wewnętrznego urządzeń (firmware) w okresie świadczenia usług serwisowych. ”

Tak określony sposób świadczenia serwisu pogwarancyjnego powoduje, iż w części przedmiot umowy będzie w ogóle niewykonalny. Zamawiający z jednej strony bowiem wymaga od wykonawcy usunięcia awarii w określonych, wysokich rygorach czasowych, z drugiej zaś strony zdaje się zapominać iż, usunięcie niektórych rodzajów awarii sprzętu może być możliwe tylko i wyłącznie wraz z jednoczesnym upgrade’em sterowników urządzeń lub/oraz oprogramowania wewnętrznego tych urządzeń (firmware). W przypadku, gdy przywrócenie pierwotnej funkcjonalności sprzętu będzie wymagało dokonania przez wykonawcę upgrade’u sterowników urządzenia lub jego oprogramowania wewnętrznego, wówczas usunięcie awarii nie będzie możliwe bez dokonania tych czynności. Co więcej podkreślić należy, że w powyższym przypadku usunięcie awarii bez dokonania tych czynności nie będzie możliwe niezależnie od tego, kto będzie wykonawcą realizującym przedmiotowe zamówienie, gdyż przeszkoda ta będzie miała charakter obiektywny, niezależny od tego kto realizuje naprawę. Przyjęcie zatem przez Zamawiającego, iż naprawa części urządzeń nie będzie wymagała jednoczesnego

upgrade'u sterowników urządzeń lub/oraz oprogramowania wewnętrznego tych urządzeń (firmware) prowadzi do niemożności usunięcia części awarii jakie mogą wystąpić w trakcie świadczenia usług serwisu pogwarancyjnego przez wybranego wykonawcę. Niemożność ta będzie miała charakter pierwotny, gdyż będzie istniała już w chwili zawarcia umowy. Tym samym w odniesieniu do opisanej okoliczności spełnione zostały wszystkie przesłanki określone w art. 387 KC Podejście Zamawiającego do zasad wykonywania usług serwisu pogwarancyjnego, wynikające z pkt 10 w Załączniku 2, jest tym bardziej niezrozumiałe, że w odniesieniu do sprzętu nie wskazanego w tym punkcie, Zamawiający wyraźnie w pkt 9 Załącznika 2 określa, iż w odniesieniu do takiego pozostałego sprzętu usuwanie awarii może wymagać dokonywania upgrade'm sterowników urządzeń lub/oraz oprogramowania wewnętrznego tych urządzeń (firmware). Jeśli w odniesieniu do pozostałego sprzętu, nie wymienionego w pkt 10 w Załączniku 2, Zamawiający rozumie konieczność upgrade'u sterowników czy oprogramowania wewnętrznego, jako warunku skutecznego usunięcia niektórych awarii, to podejście takie powinien również zastosować do sprzętu wskazanego w pkt 10 w Załączniku 2, gdyż brak jest jakichkolwiek przesłanek uzasadniających obecne wyłączenie. Podejście wskazane w pkt 9 w Załączniku 2 powinno dotyczyć całego sprzętu objętego usługami serwisu pogwarancyjnego, co potwierdzają zarówno rekomendacje producentów tego sprzętu jak i najlepsze praktyki branżowe. Umieszczenie przez Zamawiającego pkt 10 w Załączniku 2 prowadzi zatem do naruszenia art. 387 KC w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp. Tym samym zasadnym jest żądanie dokonania wskazanej w odwołaniu zmiany S1WZ poprzez wykreślenie pkt 10 w Załączniku 2. Dodatkowo zauważył, iż zapis w pkt 10 Załącznika 2 odsyła do sprzętu wskazanego w pozycjach „11, 12, 15, 16 - KS1 serwery oraz 1,2 - serwery pomocnicze” w Załączniku 1 a, który to załącznik nie zawiera pozycji wskazanych w tym punkcie. Tym samym opis przedmiotu zamówienia należy uznać za niejasny i błędny, a co za tym idzie, za naruszający także art. 29 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w dniu 27.01.2014 r. wezwał (umieszczając na stronie internetowej) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 29.01.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ANDRY Sp. z o.o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 Warszawa zwana dalej: „*ANDRY Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 30.01.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 56c, 00-803 Warszawa zwana dalej: „*Intertrading*

*Systems Technology Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 30.01.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) S&T Services Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21 D, 02-676 Warszawa zwana dalej: „*S&T Services Poland Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 04.02.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o uwzględnienie w całości odwołania. Kopia nie została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez Zastępcę Dyrektora Biura Finansów Komendy Głównej Policji J..... W..... umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29.01.2014 r. podpisanego przez Komendanta Głównego Policji nadinsp. M..... D..... . Zamawiający stwierdził, że po zapoznaniu się z treścią odwołania uznała, iż zarzuty za zasadne i zasługujące na uwzględnienie. Wskazał, że zgodnie z żądaniem określonym w odwołaniu dokonał zmiany treści SIWZ poprzez usunięcie zapisu z pkt 10 załącznika nr 2 do Istotnych postanowień umowy stanowiących załącznik do SIWZ.

W dniu 04.02.2014 r. w związku z postanowieniem Izby z dnia 28.01.2014 r. odbyło się posiedzenie niejawnie z udziałem stron (Żaden z przystępujących nie stawił się).

Zamawiający w osobach umocowanego pełnomocnika podtrzymał na posiedzeniu uwzględnienie w całości odwołania o sygn. akt: KIO 119/14.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć. Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu zgodnie z żądaniem Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 119/14 na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu 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).

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. z 2010 Nr 48, poz. 280 i Dz. U. z 2013 r. poz. 232) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....