

Sygn. akt: KIO 1341/14

WYROK
z dnia 15 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2014 r. przez **wykonawcę – Comarch Polska S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Ministerstwo Sprawiedliwości, al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę – Comarch Polska S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę – Comarch Polska S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie systemu informatycznego obsługującego e-Płatności, realizowanego w ramach projektu „Wprowadzenie e-usług w resorcie sprawiedliwości”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 czerwca 2014 r. pod numerem 2014/S 116-205018.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, w tym określenia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. przepisu art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opis przedmiotu zamówienia, w tym określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ poprzez:

- zmianę załącznika nr 1a do SIWZ (Załącznik nr 1 do umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia) - „OPZ dla Systemu e-Płatności” rozdział 2.10 „Wymagania dla bloków architektonicznych”, w ten sposób, aby postawione tam wymagania były wymaganiami nieobligatoryjnymi, tj. aby System mógł, ale nie musiał być zbudowany w oparciu o bloki architektoniczne będące w posiadaniu Zamawiającego i udostępnione przez niego w celu realizacji systemu e-Płatności;
- dopuszczenie możliwości budowy systemu w oparciu o bloki architektoniczne dostarczane przez Wykonawcę inne niż te będące w posiadaniu Zamawiającego;
- usunięcie z SIWZ wszelkich zapisów wymagających obligatoryjnego wykorzystania bloków architektonicznych będących w posiadaniu Zamawiającego/obligatoryjnej budowy systemu w oparciu o bloki architektoniczne będące w posiadaniu Zamawiającego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że Zamawiający

sformułował wymagania dla bloków architektonicznych zgodnie, z którymi nowy system musi obligatoryjnie być zbudowany w oparciu o bloki architektoniczne będące w posiadaniu Zamawiającego i udostępnione przez niego w celu realizacji systemu e-Płatności. Powyższe wymagania opisu przedmiotu zamówienia, zdaniem Odwołującego, naruszają wskazane przepisy, bowiem Zamawiający żąda wykonania przedmiotu zamówienia wyłącznie w określonej technologii pomimo, iż istnieją inne rozwiązania pozwalające na otrzymanie systemu o podobnych funkcjonalnościach i jakości.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, iż akurat technologia Mainframe IBM + SAP NetWeaver jest z jakichś względów dla niego najkorzystniejsza. Trudno też przyjąć, w ocenie Odwołującego, iż narzucenie technologii może być podyktowane jakimś istotnym interesem Zamawiającego, ponieważ przedmiotem zamówienia nie jest rozbudowa istniejącego systemu. System e-Płatności będzie nowym systemem, budowanym od podstaw i nic racjonalnego nie stoi na przeszkodzie, aby Zamawiający dopuścił możliwość budowy systemu w oparciu o bloki architektoniczne dostarczane przez Wykonawcę inne niż te będące w posiadaniu Zamawiającego.

Powyższe wymagania budowy systemu w oparciu o bloki architektoniczne będące w posiadaniu Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, niewątpliwie ograniczają konkurencję. Takie obligatoryjne wymagania oznaczają bowiem dopuszczenie do przedmiotowego zamówienia tylko takich wykonawców, którzy w porozumieniu z producentami posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury złożą ofertę. O możliwości złożenia oferty i ewentualnej kolejności ofert w przedmiotowym postępowaniu będą decydować, zdaniem Odwołującego, producenci bloków architektonicznych posiadanych przez Zamawiającego, tj. firma SAP i firma IBM.

Zamawiający działając we wskazany powyżej sposób, w opinii Odwołującego, zamyka rynek i dostęp dla firm, które są w stanie dostarczyć wymagany system oparty na rozwiązaniach innych firm konkurencyjnych. Odwołujący zwrócił uwagę, że gdyby wymagania budowy systemu w oparciu o bloki architektoniczne będące w posiadaniu Zamawiającego były wymaganiami nieobligatoryjnymi, to możliwe byłoby złożenie oferty tańszej niż oferta złożona przez firmę oferującą rozwiązania oparte na technologii producentów infrastruktury posiadanej przez Zamawiającego. Tworzenie monopolu dla takich firm jak SAP i IBM nie służy obniżaniu cen.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający powinien być zainteresowany w uzyskaniu konkretnych funkcjonalności i parametrów technicznych systemu a nie tym, aby należało zaoferować konkretne produkty.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż w SIWZ w rozdziale V Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, dotyczące systemu informatycznego realizującego obsługę płatności z wykorzystaniem sieci Internet (płatności

elektroniczne), nie stawiając ograniczeń dotyczących oparcia takiego systemu na określonych blokach architektonicznych (określonych producentów). Jak podaje Odwołujący, Zamawiający wymaga więc doświadczenia w postaci np. wdrożenia systemu „który obsługuje natężenie transakcji płatniczych przekraczające 6000 unikalnych i kompletnych transakcji płatniczych na godzinę”, doskonale zdając sobie sprawę, że do uzyskania takiego parametru nie jest konieczne wykorzystywanie dokładnie takich bloków architektonicznych co posiadane przez Zamawiającego.

Odwołujący podaje, że dysponuje niezbędną doświadczeniem i wiedzą. Do realizacji opisanego systemu informatycznego mogą być zastosowane technologie informatyczne powszechnie dostępne na rynku, zasadniczo inne niż wymagane przez Zamawiającego. Mogą być przykładowo wykorzystane komercyjne systemy zarządzania bazą danych (usługi bazodanowe) firmy ORACLE, serwer aplikacyjny Apache Tomcat (wolne oprogramowanie) zapewniający przetwarzanie transakcyjne i replikację danych, platforma sprzętowa zbudowana w oparciu o serwery klasy x86. Rozwiązanie może być z powodzeniem oparte o inną platformę sprzętowo/programową niż wskazaną przez Zamawiającego. Zastosowane urządzenia i oprogramowanie mogą spełniać wszystkie wymagania w zakresie wydajności, bezpieczeństwa i funkcjonalności.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem niniejszego zamówienia, jak wynika z rozdziału III pkt 5 SIWZ, jest „zaprojektowanie, wykonanie, wdrożenie i serwis systemu e-Płatności, umożliwiającego: elektroniczną realizację płatności za usługi realizowane przez Ministerstwo Sprawiedliwości, wpłacanie należności sądowych oraz zapłatę za zakup znaków opłaty sądowej (...)”.

Jednocześnie Zamawiający postanowił (załącznik nr 1a do SIWZ, pkt 2.10), że „System będzie zbudowany w oparciu o bloki architektoniczne będące w posiadaniu Zamawiającego i udostępnione przez niego w celu realizacji systemu e-Płatności. Możliwe do wykorzystania bloki architektoniczne zostały przedstawione w tabeli poniżej”.

Oprogramowanie systemowe	Platforma sprzętowa/programowa
Usługi INFRASTRUKTURALNE	
Usługi systemów operacyjnych	
Windows Server 2012	Serwery kasetowe x86
Usługi wirtualizacyjne	
VMware vSphere Hypervisor	Serwery kasetowe x86
Usługi katalogowe	
Microsoft ActiveDirectory	Serwery kasetowe x86

Oprogramowanie systemowe	Platforma sprzętowa/programowa
Usługi bazodanowe	
IBM DB2 for z/OS	IBM Mainframe/ z/OS
Usługi replikacji danych	
IBM Data Replication for DB2 z/OS	IBM Mainframe/ z/OS
Usługi przetwarzania transakcyjnego	
RedHat JBoss Enterprise Application Platform	Serwery kasetowe x86/ Windows Server 2008/2012
Usługi szyny danych	
SAP PI /SAP NetWeaver Process Integration/	Serwery kasetowe x86/ Windows Server 2008/2012
FUSE 6.X minimalnie	

W zakresie wymagań do infrastruktury sieciowej Zamawiający wskazał, że „System musi wykorzystywać istniejącą infrastrukturę sieciową Ministerstwa Sprawiedliwości. Wykonawca musi zapewnić dodatkowy sprzęt i oprogramowanie jeżeli będą konieczne dla funkcjonowania systemu w istniejącej infrastrukturze sieciowej” (pkt 2.8 załącznika nr 1a do SIWZ).

Zaś wymagania do sprzętu i oprogramowania standardowego Zamawiający opisał w sposób następujący: „System musi umożliwiać jego obsługę poprzez istniejący sprzęt i oprogramowanie będący w użytkowaniu Zleceniodawcy i wykorzystywane w technologii wirtualizacji. Minimalne wymagania sprzętowe i oprogramowanie systemowe oraz standardowe powinny być określone na etapie Projektu Technicznego. Wykonawca musi zapewnić Zamawiającemu bezterminowe licencje na wykorzystywanie wszelkiego oprogramowania standardowego (systemowego, aplikacyjnego oraz narzędziowego) koniecznego do działania Systemu” (pkt 2.9 załącznika nr 1a do SIWZ).

Warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia było, aby Wykonawca zaprojektował system informatyczny realizujący obsługę płatności z wykorzystaniem sieci Internet (płatności elektroniczne), który jest zdolny do obsługi natężenia transakcji płatniczych przekraczających określony pułap unikalnych i kompletnych transakcji płatniczych na godzinę oraz aby Wykonawca wykonał integrację systemu informatycznego realizującego obsługę płatności z wykorzystaniem sieci Internet (płatności elektroniczne) z systemem finansowo-księgowym (rozdział V pkt 1 ppkt 1.2 SIWZ).

Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego Zamawiającego w przedmiocie przeprowadzenia dowodu z przedłożonych umów stwierdzając, że okoliczności, które miałyby

być stwierdzona za pomocą powołanych dowodów są bezsporne między stronami i nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przechodząc do oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba podziela podnoszone w piśmiennictwie i orzecznictwie stanowisko, że zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy Pzp objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, tak więc spełnienie dyspozycji tego przepisu niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję. Z drugiej strony zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Oznacza jedynie, iż zamawiający winien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymagania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 15 października 2007 r., V Gaz 90/07, „uprawnieniem zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby i który spełni jego oczekiwania funkcjonalne (...)”.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż Odwołujący upatruje naruszenia uczciwej konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia, w którym zawarto określone wymagania, co do wykorzystania znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego bloków architektonicznych (platformy sprzętowej i programowej). W ocenie Izby, nie sposób przypisać Zamawiającemu naruszenia w tym przedmiocie, po pierwsze z tej przyczyny, iż Zamawiający nie wskazuje na konieczność dostawy towarów/usług pochodzących od konkretnego producenta. Zamawiający czyni jedynie ograniczenia w przedmiocie wykorzystania istniejącej i znajdującej się w posiadaniu Zamawiającego określonej bazy w postaci bloków architektonicznych, czyniąc zastrzeżenie, że zamawiany system musi być zbudowany w oparciu o wskazaną przez Zamawiającego infrastrukturę.

Wskazane działanie Zamawiającego należy uznać za dozwolone. Zamawiający określając wymagania względem przedmiotu zamówienia, uprawniony jest do uwzględnia

swoich warunków i potrzeb. Nieracjonalne byłoby działanie Zamawiającego i wbrew twierdzeniom Odwołującego, nieuzasadnione w świetle przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który mimo, że posiada określony sprzęt i oprogramowanie, możliwe do wykorzystania przy budowaniu nowego systemu, decyduje się na dopuszczenie rozwiązań nieuwzględniających tej okoliczności. Słusznie Zamawiający wskazuje, że przyjęcie takiego rozwiązania powodowałoby konieczność przygotowania dodatkowej powierzchni, przeszkolenia pracowników, zapewnienia wsparcia technicznego ze strony wykonawcy itp.

Nie można tracić również z pola widzenia, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie systemu e-Płatności a nie dostarczenie sprzętu i oprogramowania. Gdyby przyjąć za słuszną koncepcję Odwołującego oznaczałoby to, że Zamawiający wraz z zakupem jakiegokolwiek systemu informatycznego zobowiązany jest nabyć również każdorazowo całą infrastrukturę. Rozwiązanie takie prowadziłoby do absurdu, bowiem pod hasłem poszanowania uczciwej konkurencji Zamawiający w istocie nie miałby możliwości nabycia jedynie systemu. W przypadku bowiem, kiedy wykonawca zbudowałby system w oparciu o inne bloki architektoniczne niż te znajdujące się w posiadaniu Zamawiającego, uprawniony byłby *de facto*, jak słusznie wskazuje Zamawiający, do rozszerzenia przedmiotu zamówienia.

Oczywistym jest, że skoro Zamawiający dysponuje określonym zasobem (bloki architektoniczne) to Wykonawca musi tę okoliczność uwzględnić. Jednakże wybór technologii pozostaje w gestii Wykonawcy. Okoliczność, iż przedmiotem niniejszego zamówienia nie jest rozbudowa systemu a jego budowa nie stoi na przeszkodzie, w ocenie Izby, aby Wykonawca był zobowiązany zbudować system w oparciu o posiadaną i wykorzystywaną przez Zamawiającego platformę sprzętowo-programową.

W toku rozprawy Odwołujący wskazał, że wdrażał już tego rodzaju system, ale oparty o inną bazę. Natomiast na potrzeby niniejszego zamówienia musiałby, skoro system ma być zbudowany w oparciu o inne bloki architektoniczne niż te, z których dotychczas korzystał Odwołujący, zatrudnić dodatkowe osoby posiadające umiejętność przygotowania odpowiednich aplikacji. Powyższe wskazuje, że Odwołujący nie tyle, że nie widzi możliwości uczestniczenia w zamówieniu i złożenia oferty konkurencyjnej, ale od czego chce się uchylić, musi podjąć dodatkowe czynności, aby sprostać wymaganiom Zamawiającego i nie ma możliwości skorzystania z rozwiązań już przez siebie wypracowanych.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, że o wyniku przetargu będą decydować producenci bloków architektonicznych posiadanych przez Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał, że przez opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wzmocnił pozycję wskazanych wykonawców w tym postępowaniu względem innych. Jakkolwiek kwestia dostarczenia licencji oprogramowania i dodatkowego sprzętu została podniesiona dopiero w toku rozprawy, a zatem winna być postrzegana jako niedozwolone rozszerzenie

zarzutów odwołania, to na marginesie należy zauważyć, że z treści SIWZ nie wynika, aby obowiązkiem wykonawcy było dostarczenie licencji oprogramowania wykorzystywanego przez Zamawiającego. Wskazywane przez Odwołującego postanowienia SIWZ odnoszą się do oprogramowania niezbędnego do działania systemu. Analogiczny wymóg dotyczy sprzętu. Niemniej jednak postanowienia powyższe nie mogą budzić wątpliwości, skoro Zamawiający nie ma wiedzy, jaki produkt ostatecznie zaoferuje wykonawca.

Wskazywane w toku rozprawy przez Odwołującego wątpliwości rodzące się na tle postanowień pkt 2.8 i 2.9 załącznika nr 1a do SIWZ należałoby ewentualnie oceniać w świetle przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże zarzut taki nie został nie został objęty treścią odwołania i jako taki nie podlega rozpoznaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Odnosnie argumentu Odwołującego, że warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie jest budowa systemu w oparciu o określone bloki architektoniczne, stwierdzić należy, iż okoliczność powyższa nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Nie jest niczym nadzwyczajnym, że Zamawiający niezbędne doświadczenie postrzega przez pryzmat realizacji systemu o określonych funkcjonalnościach a nie w aspekcie budowy systemu w oparciu o wskazaną infrastrukturę. Zaś, ewentualne twierdzenia o nieadekwatności tego warunku do przedmiotu zamówienia nie były przez Odwołującego podnoszone.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający zainteresowany jest uzyskaniem konkretnych funkcjonalności i parametrów technicznych systemu, bowiem takie wymogi sformułował. Zaś okoliczność, że wskazał na konieczność wykorzystania określonych bloków architektonicznych nie świadczy o tym, iż Zamawiający oczekuje zaoferowania konkretnego produktu a jedynie produktu spełniającego wymagania Zamawiającego.

Reasumując, stwierdzić należy, iż opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego nie utrudnia uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), a w konsekwencji brak podstaw do stwierdzenia, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Zarzuty i żądania sformułowane przez Odwołującego prowadzą do wniosku, że dążeniem Wykonawcy jest doprowadzenie do sytuacji, w której uzyska możliwość zaoferowania systemu w oparciu o wykorzystywane przez Odwołującego systemy zarządzania bazą danych i określone serwery, co świadczy o tym, iż Odwołujący zmierza przez zmianę opisu przedmiotu zamówienia do zaproponowania rozwiązań dla siebie korzystnych i w istocie prowadzących do rozszerzenia przedmiotu zamówienia, bez poszanowania potrzeb i wymogów Zamawiającego. Jednakże powyższe działanie, w ocenie Izby, nie zasługuje na ochronę i nie stanowi o naruszeniu nieuczciwej konkurencji.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: