

Sygn. akt: KIO 1795/11

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 01 września 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron **w dniu 01 września 2011 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **INTARIS Sp. z o.o., ul. Księcia Ziemowita 53, budynek III, lokal 3, 03-885 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa, adres do korespondencji: Wydział Zamówień Publicznych, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa**

przy udziale:

**A. wykonawcy ANDRA Sp. z o.o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 Warszawa**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1795/11 po stronie odwołującego;

**B. wykonawcy Qumak-Sekom SA, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1795/11 po stronie odwołującego;

**orzeka:**

**1. odrzuca odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża INTARIS Sp. z o.o., ul. Księcia Ziemowita 53, budynek III, lokal 3, 03-885 Warszawa i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **INTARIS Sp. z o.o., ul. Księcia Ziemowita 53, budynek III, lokal 3, 03-885 Warszawa** 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 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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:**

.....

**Sygn. akt: KIO 1795/11**

### **Uzasadnienie**

Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej: „Pzp” którego przedmiotem jest: „*Dostawa sprzętu i oprogramowania do Budowy Centrum Zapasowego Krajowej Sieci AFIS i innych wybranych centralnych systemów informatycznych Policji*”, nr postępowania: 90/BŁiL/11/AL. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 95-155810 w dniu 18.05.2011 r.

Zgodnie z informacją z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Komendę Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa, adres do korespondencji: Wydział Zamówień Publicznych, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa zwaną dalej: „*Zamawiającym*” do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1795/11 wartość zamówienia oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 18.05.2011 r. Zamawiający upublicznił na stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu oraz Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „*SIWZ*” z dnia 13.05.2011 r. Natomiast, w dniu 15.07.2011 r. upublicznił wraz z odpowiedziami na pytania Wykonawców także zmiany postanowień SIWZ, w tym także w zakresie warunków udziału w postępowaniu. Powyższe zmiany warunków postępowania zostały upublicznione w publikatorze unijnym - Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 144-237875 w dniu 29.07.2011 r.

W dniu 17.08.2011 r. upłynął termin składania i otwarcia ofert. Wpłynęło sześć ofert.

W dniu 19.08.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO - prezentata na piśmie), INTARIS Sp. z o.o., ul. Księcia Ziemowita 53, budynek III, lokal 3, 03-885 Warszawa zwaną dalej: „*INTARIS Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*” wniosła odwołanie na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp od czynności i zaniechań niezgodnych z przepisami Pzp podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołanie podpisał Prezes Zarządu Piotr Krakowiak osoba ujawniona w KRS-ie załączonym do odwołania i umocowana do samodzielnej reprezentacji. Wpis uiszczono 19.08.2011 r. (dowód uiszczenia wpisu). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 19.08.2011 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego).

Wskazał, że w toku przedmiotowego postępowania naruszono: art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 4, art. 25 ust. 1 art. 387 kc w zw. z art. 14 Pzp oraz inne przepisy wymienione w uzasadnieniu odwołania lub z niego wynikające w szczególności poprzez:

- a) postawienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób niemożliwy do spełnienia, a tym samym - w przypadku złożenia oferty przez wykonawcę - narażenie go na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz na zatrzymanie wniesionego przez wykonawcę wadium;
- b) dokonanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
- c) żądanie od wykonawców na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oświadczeń zbędnych do prowadzenia postępowania (*na temat posiadanego certyfikatu, tzn. nazwa certyfikatu, nazwa podmiotu wystawiającego, data wystawienia*), gdyż oświadczenia te były niemożliwe do złożenia bez narażenia wykonawcy na zarzut podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- d) uniemożliwienie Odwołującemu przygotowania i złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu poprzez postawienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób niemożliwy do spełnienia, narażający wykonawcę na zarzut podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz na zatrzymanie wniesionego przez wykonawcę wadium.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności składania i otwarcia ofert;
2. modyfikację SIWZ i ogłoszenia o zamówienia poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób możliwy do spełnienia, związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
3. wyznaczenie terminu składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do wprowadzenia zmian w ofertach w związku z dokonaną modyfikacją SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, uwzględniając postanowienia art. 12a ust. 2 Pzp; ewentualnie
4. unieważnienie postępowania.

Informację, jak wskazał Odwołujący, stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 17.08.2011 r., bowiem w tym dniu nastąpiło otwarcie ofert i zaniechanie przesunięcia terminu składania ofert. W konsekwencji, w jego ocenie,

odwołanie wniesione w dniu 19.08.2011 r. jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowych terminów. Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu polegający na konieczności dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym:

- a) co najmniej 1 osobą posiadającą kwalifikacje w zakresie konfiguracji urządzeń sieciowych Cisco potwierdzone certyfikatami Cisco Certified Internetworking Engineer ze specjalnością Routing and Switching posiadająca poświadczenie bezpieczeństwa potwierdzające upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „zastrzeżone” w rozumieniu ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228);
- b) co najmniej 1 osobą posiadającą kwalifikacje w zakresie konfiguracji urządzeń sieciowych Cisco potwierdzone certyfikatami Cisco Certified Internetworking Engineer ze specjalnością Security, posiadająca poświadczenie bezpieczeństwa potwierdzające upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „zastrzeżone” w rozumieniu ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228).

Zamawiający, jak stwierdził Odwołujący został poinformowany o tym, iż nie istnieją następujące certyfikaty producenta urządzeń sieciowych Cisco:

- „Cisco Certified Internetworking Engineer” ze specjalnością Routing and Switching,
- „Cisco Certified Internetworking Engineer” ze specjalnością Security. Ponieważ postawione wymagania są niemożliwe do spełnienia przez jakiegokolwiek wykonawcę wniesiono o dokonanie stosownych zmian oraz przesunięcie terminu składania ofert.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, stawiając obiektywnie niemożliwe do spełnienia warunki udziału w postępowaniu uniemożliwił Odwołującemu przygotowanie i złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający naraził wykonawcę na zarzut podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz na zatrzymanie wniesionego przez wykonawcę wadium. Powyższe narusza przepisy art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 Pzp. Postawione przez Zamawiającego warunki w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób niemożliwy do spełnienia przez żadnego wykonawcę powodują również, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nieważnością obarczone są również oferty złożone w postępowaniu, bowiem, żaden z wykonawców nie może zaoferować udziału w realizacji umowy osób posiadających certyfikaty: „Cisco Certified Internetworking Engineer” ze specjalnością Routing and Switching, czy „Cisco Certified Internetworking Engineer” ze specjalnością Security, ponieważ takie certyfikaty nie istnieją. Ponadto, stwierdził, że zgodnie z treścią art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z treścią art. 387 kc umowa

o świadczenie niemożliwe jest nieważna, a strona, która w chwili zawarcia umowy wiedziała o niemożliwości świadczenia, a drugiej strony z błędu nie wyprowadziła, obowiązana jest do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o niemożliwości świadczenia. W zakres zamówienia wchodzi usługi świadczone przez osoby posiadające certyfikaty: „Cisco Certified Internetworking Engineer” ze specjalnością Routing and Switching, czy „Cisco Certified Internetworking Engineer” ze specjalnością Security. Ponieważ nie jest możliwe zaoferowanie świadczenia takich usług, to zawarta w wyniku rozstrzygnięcia przetargu umowa będzie nieważna na podstawie art. 387 kc, bowiem zawiera świadczenie obiektywnie niemożliwe do spełnienia przez żadnego wykonawcę.

Zamawiający w dniu 22.08.2011 r. zamieścił na stronie internetowej odwołanie i wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 24.08.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) WASKO SA, ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice zwany dalej: „WASKO SA” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, zaś z ostrożności o jego ewentualne oddalenie. W tym wypadku w ramach zgłoszenia nie wykazano umocowania dla osoby zgłaszającej przystąpienie, zaś termin na zgłoszenie przystąpienie nie podlega przywróceniu, także w tym zakresie. W konsekwencji niniejsze przystąpienie nie jest skuteczne.

W dniu 25.08.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ANDRA Sp. z o.o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 Warszawa zwany dalej: „ANDRA Sp. z o.o.” albo „*pierwszym Przystępującym*” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 25.08.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Qumak-Sekom SA, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa, zwany dalej: „Qumak-Sekom SA” albo „*drugim Przystępującym*” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wnosząc o odrzucenie odwołania – zarzuty po terminie, ponadto o jego oddalenie odwołania. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 29.08.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) VECTOR ON-LINE Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 553, 60-451 Poznań, zwany dalej: „VECTOR ON-LINE Sp. z o.o.” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wnosząc o odrzucenie odwołania – zarzuty po terminie. W tym wypadku zgłoszenie pisemne jest po terminie, zaś wersja faxowa z dnia 24.08.2011 r. jest niedopuszczalna, zgodnie bowiem z art. 73 ust. 1 kc stosowanym odpowiednio na podstawie art. 14 Pzp forma pisemna jest zachowana, w przypadku, gdy pod oświadczeniem woli znajdzie się podpis osoby

składającej to oświadczenie. Podpis ten ma być podpisem oryginalnym, a nie odbitym przez urządzenie faksujące. Niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280) stanowiąc, że z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. W konsekwencji niniejsze przystąpienie nie jest skuteczne.

Zamawiający do chwili otwarcia posiedzenia nie udzielił odpowiedzi na odwołanie.

**Biorąc powyższe pod uwagę, Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Izba po rozpatrzeniu wniosku Zamawiającego z posiedzenia, jak i wniosków obu Przystępujących po stronie Zamawiającego stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Izba podnosi, że zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień SIWZ, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Wskazana podstawa prawna i czasookres na wniesienie odwołania jest właściwym w przedmiotowym stanie faktycznym.

W przedmiotowym stanie faktycznym przedmiotem odwołania nie są żadne zaniechania ze strony Zamawiającego, jak twierdzi Odwołujący, próbując wywieść terminowy charakter odwołania, lecz określone sporne postanowienia SIWZ, tzn. Rozdz. VI ust.1 pkt 3 lit. a i b oraz Rozdz. VII ust.1 pkt 2, które zostały sformułowane (zmiany postanowień SIWZ - w zakresie warunków udziału w postępowaniu) i upublicznione przez Zamawiającego w dniu 15.07.2011 r. wraz z odpowiedziami na pytania Wykonawców. Powyższe zmiany warunków postępowania zostały upublicznione także w ramach ogłoszenia o zamówieniu w publikatorze unijnym - Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 144-237875 w dniu 29.07.2011 r.

W rezultacie bieg terminu na wniesienie odwołania winien być liczony od co najmniej 15.07.2011 r., tudzież ewentualnie od 29.07.2011 r. i upływał 25.07.2011 r., tudzież ewentualnie 08.08.2011 r.

W konsekwencji, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 19.08.2011 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdza, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 4 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:**

.....