

Sygn. akt KIO/UZP 950/09

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Jankowska

Członkowie: Marek Koleśnikow

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Łukasz Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 sierpnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ComArch Spółkę Akcyjną, 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów Departament Podatku Akcyzowego i Ekologicznego, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** protestu z dnia **15 czerwca 2009 r.**

~~przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.~~

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu poprzez dopuszczenie certyfikatów ukończenia autoryzowanych szkoleń o zakresie odpowiadającym szkoleniom wskazanym w ogłoszeniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Finansów Departament Podatku Akcyzowego i Ekologicznego, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ComArch Spółkę Akcyjną, 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39A**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Ministerstwo Finansów Departament Podatku Akcyzowego i Ekologicznego, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** na rzecz **ComArch Spółki Akcyjnej, 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39A** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ComArch Spółki Akcyjnej, 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39A**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Ministerstwo Finansów Departament Podatku Akcyzowego i Ekologicznego, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na system Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych EMCS PL.

Postępowanie prowadzone jest w trybie ustawy z dnia 29 września 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwaną dalej ustawą Pzp.

W dniu 15 czerwca 2009 roku wykonawca Pentacomp Systemy Informatyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Lektykarska 29, 01-687 Warszawa, wniósł protest na treść ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu, opublikowaną w dniu 4 czerwca 2009 roku.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i wniósł o zmianę treści ogłoszenia w drodze zmiany warunków udziału w postępowaniu, utrudniających uczciwą konkurencję.

Uzasadniając swój interes prawny w uzyskaniu zamówienia protestujący oświadczył jednocześnie, że zamierza złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu, lecz

określenie warunków udziału w postępowaniu może uniemożliwić mu złożenie wniosku, a następnie uzyskanie zaproszenia do złożenia oferty.

W uzasadnieniu protestujący podniósł, że ogłoszenie o zamówieniu zawiera m.in. opis warunków udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich znaczenia oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. W ocenie protestującego wymagania obejmujące posiadanie przez zespół techniczny certyfikatów ukończenia konkretnych autoryzowanych szkoleń są warunkami utrudniającymi uczciwą konkurencję. W wyniku odbycia wskazanych szkoleń uczestnik uzyskuje określone kompetencje. Nie oznacza to jednak, że nie jest możliwe uzyskanie tych kompetencji w inny, udokumentowany certyfikatem sposób. W szczególności zarówno firmy Microsoft, Oracle oraz IBM posiadają rozbudowane systemy certyfikacji, w ramach których istnieją różne poziomy potwierdzania kompetencji. Głównym poziomem, nadrzędnym wobec autoryzowanych szkoleń, jest zdanie konkretnego egzaminu certyfikacyjnego w określonym obszarze. Każdy z takich egzaminów posiada rekomendowany sposób przygotowania, który obejmuje między innymi katalog opcjonalnych szkoleń, które są pomocne w zdaniu tego właśnie egzaminu. Zakres wiedzy wymagany do zdania egzaminu jest szerszy niż przekazywany w ramach rekomendowanych szkoleń. Zatem oczywiste jest, że ktoś, kto zdał egzamin certyfikacyjny, posiada kompetencje, które znajdują się w zakresie szkoleń rekomendowanych dla tego egzaminu. Protestujący wskazał przykładowe egzaminy, których zdanie potwierdza kompetencje wynikające z przykładowych wymaganych przez zamawiającego szkoleń, i tak:

Dot. warunku wskazanego w pkt. III.2.3 zdolność techniczna – 4 – zespół techniczny – 5 specjalistów:

d. doświadczenie w projektowaniu, tworzeniu, modyfikacji i integracji aplikacji/systemów opartych na usługach wekowych (WebServices) zdobyte przy realizacji minimum dwóch projektów informatycznych w okresie ostatnich 3 lat oraz certyfikaty ukończenia następujących autoryzowanych szkoleń:

- MS-4995 Programming with the Microsoft .NET Framework Using Microsoft Visual Studio 2005,
- MS-2663 Programming with XML in the Microsoft .NET Framework
- MS-2524 Developing XML Web Services Using Microsoft ASP. NET

Warunek ten jest potwierdzany egzaminami Microsoft pozwalającymi na uzyskanie certyfikatów klasy MCPD (Microsoft Certified Professional Developer) lub MCTS (Microsoft Certified Technology Specialist), np. MS 70-526, MS 70-536, MS 70-548, MS 70-549.

k. doświadczenie zdobyte przy realizacji minimum dwóch projektów informatycznych w okresie ostatnich 3 lat w zakresie zarządzania systemem AIX oraz certyfikaty ukończenia następujących autoryzowanych szkoleń:

- administrowanie systemem AIX: Strojenie wydajnościowe,
- administrowanie systemem AIX: Zarządzanie pamięcią masową.

Warunek ten jest potwierdzany również przez TEST 223: System p Administrator. Innym potwierdzeniem kompetencji wymaganych przez zamawiającego jest posiadanie certyfikatu RHCE (RedHat Certified Engineer) wraz z certyfikatem potwierdzającym odbycie szkolenia IBM „AIX 5L Jumpstart For Unix Professional”

l. doświadczenie zdobyte przy realizacji minimum dwóch projektów informatycznych w okresie ostatnich 3 lat w zakresie zarządzania HACMP oraz certyfikaty ukończenia następujących szkoleń:

- HACMP w systemie AIX – Administrowanie
- HACMP w systemie AIX – Implementowanie i administrowanie.

Warunek ten jest potwierdzany przez TEST 237; pSeries HACMP for AIX 5L.

o. certyfikat ukończenia autoryzowanego szkolenia:

- Oracle 10g: Administracja

p. certyfikat ukończenia autoryzowanego szkolenia:

- Oracle 10g: Administracja II.

Warunek ten jest potwierdzany przez Oracle Database 10g Administration Certified Professional.

s. certyfikat ukończenia autoryzowanego szkolenia:

- MS 2274 Managing a Microsoft Windows Server 2003 Environment

t. certyfikat ukończenia autoryzowanego szkolenia:

- MS 2275 Maintaining a Microsoft Windows Server 2003 Environment

u. certyfikat ukończenia autoryzowanego szkolenia:

- MS 2277 Implementing a Microsoft Windows Server 2003 Network Infrastructure Network Services

v. certyfikat ukończenia autoryzowanego szkolenia:

- MS 2576 Implementing and Administering Internet Information Services II S 6

w. certyfikat ukończenia autoryzowanego szkolenia:

- MS 2278 Planning and Maintaining a Microsoft Windows Server 2003 Network Infrastructure

x. certyfikat ukończenia autoryzowanego szkolenia:

- MS 2544 Advanced Web Application Technologies with Microsoft Visual Studio 2005.

Powyższe warunki są potwierdzane również poprzez certyfikaty klasy:

- MCSE (Microsoft Certified Systems Engineer)

- MCSA (Microsoft Certified Systems Administrator).

W dniu 19 czerwca 2009 roku do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił wykonawca ComArch S.A. wskazując, że zamawiający powinien uwzględnić wszystkie zarzuty zawarte w proteście i dokonać modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu poprzez dopuszczenie posiadania certyfikatów równoważnych wraz z jednoczesnym wskazaniem parametrów równoważności.

Pismem z dnia 23 czerwca 2009 roku zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał, że na zamawiającym spoczywa obowiązek sprecyzowania wymagań odnoszących się do kwalifikacji i doświadczenia wykonawcy. Formułując je zamawiający ma obowiązek uwzględnić charakter przedmiotu zamówienia, osiągnięcie celu gospodarczego przedsięwzięcia tak, aby w wyniku realizacji zamówienia uzyskać produkt wysokiej jakości przy wykorzystaniu adekwatnych środków publicznych. Zdaniem zamawiającego nie nastąpiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji, ponieważ tak określony warunek może być spełniony przez większą ilość wykonawców niż przy zastosowaniu wymagań sugerowanych przez protestującego.

Zamawiający podniósł, że ustalenie wygórowanych wymagań dla personelu, nieuzasadnionych potrzebami zarówno technicznymi, jak i merytorycznymi przedmiotu zamówienia narażałoby zamawiającego na poniesienie nadmiernych kosztów finansowych i nie byłoby zasadne z punktu wydatkowania środków publicznych i nie gwarantowałoby wyższej jakości produktu finalnego.

Mając na względzie, iż system EMCS PL będzie budowany na bazie istniejącego krajowego systemu BACHUS zamawiający ustalił minimalne wymagania dla członków zespołu projektowego po stronie wykonawcy, pozostające w ścisłym związku z technicznymi komponentami rozbudowywanego systemu. Specyfika bazowego systemu wymaga wysokiej specjalizacji w ramach ściśle określonych zagadnień, które odpowiadają systemowi szkoleń wymienionych przez zamawiającego w wymaganiach.

Zamawiający stwierdził, że nie może uznać, że brak ściśle określonej ścieżki dochodzenia do konkretnego certyfikatu gwarantuje posiadanie wymaganych kompetencji. Stąd wymaganie

ze strony zamawiającego specjalistycznych szkoleń, jako źródła wiedzy niezbędnej do realizacji przedmiotu zamówienia na wysokim poziomie jakościowym. Tym niemniej akceptowane będą egzaminy, certyfikaty i tytuły, których zakres zagadnień określony przez certyfikującego zawiera wymagane przez zamawiającego szkolenia.

Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wydany w sprawie KIO/UZP 640/08, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wykonawca nie ma prawa żądać od zamawiającego rezygnacji z założonych parametrów jakościowych, np. poprzez zgodę na wykorzystanie do realizacji przedmiotu zamówienia specjalistów o wygórowanych kwalifikacjach, nieadekwatnych do potrzeb wymaganych przy realizacji konkretnego przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 2 lipca 2009 roku złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego w tym samym dniu wykonawca ComArch S.A. złożył wnioś odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, wnioski i argumenty zawarte w proteście oraz w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Skład orzekający Izby na rozprawie z udziałem właściwie umocowanych pełnomocników stron, przeprowadził dowody z dokumentacji akt sprawy, nadto rozważył stanowiska stron złożone do akt sprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków odwoławczych w niniejszym postępowaniu.

Stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien posiadać odpowiednią wiedzę i doświadczenie, a także dysponować potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - są to warunki niezbędne z punktu widzenia należytego wykonania zamówienia. Zamawiający konkretyzuje warunek posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, odnosząc go do zamawianych dostaw, usług i robót budowlanych - zwykłych (których można oczekiwać w stosunkach danego rodzaju) i specjalnych (związanych ze szczególnymi wymaganiami realizacji danego zamówienia) cech świadczenia, jakie będą przedmiotem umowy.

Wymóg posiadania odpowiedniej wiedzy wiąże się bezpośrednio z dysponowaniem przez wykonawców odpowiednim *know-how*, znajomością technologii czy metodologii, w

jakiej wykonane ma być zamówienie itp., oraz wiedzą (kwalifikacjami) osób, które bezpośrednio będą wykonywać zamówienie. Przez odpowiednie kwalifikacje należy rozumieć zarówno niezbędne uprawnienia do dokonywania danych czynności (gdy ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, np. uprawnienia biegłego rewidenta), jak i posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia osób wykonujących określone czynności.

Ustawa w zakresie merytorycznego kształtowania warunków pozostawia zamawiającemu pewną swobodę, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania. Na etapie ich określania przez zamawiającego może bowiem dojść do próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji.

W ocenie Izby sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, że wykonawcy winni wykazać się ukończeniem konkretnych szkoleń, jest nieuprawnione w sytuacji, gdy na rynku dostępne są inne szkolenia o takim samym zakresie, jak wymagany przez zamawiającego. Oczywiście ustawa nie ustanawia dla zamawiającego zakazu posłużenia się nazwą konkretnego szkolenia w celu doprecyzowania wymogów stawianych wykonawcom, niemniej jednak nakazuje dopuścić konkurencję pomiędzy wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do zakresu wymaganych uprawnień.

Jednakowoż należy zgodzić się z zamawiającym, iż formułując warunki udziału w postępowaniu, ma obowiązek uwzględnić charakter przedmiotu zamówienia i osiągnięcie celu gospodarczego przedsięwzięcia tak, aby w wyniku realizacji zamówienia uzyskać produkt wysokiej jakości. Należy więc mieć na względzie, iż na rynku dostępne są szkolenia o różnym poziomie jakości. Nie można zatem założyć, że ukończenie jakiegokolwiek szkolenia o takim samym zakresie jak wymagany przez zamawiającego jest równoznaczne z uzyskaniem odpowiednich kompetencji. W ocenie Izby zapewnienie takie daje dopiero ukończenie szkolenia autoryzowanego. Tym samym żądanie ukończenia takiego szkolenia uznać należy za celowe i zasadne.

Biorąc powyższe należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, pkt 2, ust. 2 oraz ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....