

Sygn. akt: KIO/UZP 1376/09

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 6 listopada 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**   **Renata Tubisz**

**Członkowie:**       **Luiza Łamejko**  
                              **Jolanta Markowska**

**Protokolant:**       **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 5 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **CA Services S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 41G** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów Departament Podatku Akcyzowego i Ekologicznego, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** protestu z dnia 24 sierpnia 2009 r.

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża CA Services S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 41G**

i nakazuje:

- 1)       zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **CA Services S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 41G,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **CA Services S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 41G.**

### **Uzasadnienie**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 2009/S 107-155460 w dniu 6.06.2009 r.

Odwołującym jest CA SERVICES S.A. Al. Jana Pawła II 41G; 31-864 Kraków, zwany dalej „Odwołującym”.

Zamawiającym jest Ministerstwo Finansów Departament Podatku Akcyzowego i Ekologicznego ul. Świętokrzyska 12; 00-916 Warszawa zwany dalej „Zamawiającym”.

Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na "System Przemieszczania oraz Nadzór Wyrobów Akcyzowych EMCS PL".

Data wniesienia protestu: 24.08.2009 r.

Data doręczenia wykonawcy rozstrzygnięcia w sprawie protestu: 03.09.2009 r.

Data wniesienia odwołania 14.09.2009 r.

ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie będąc Przystępującym do postępowania protestacyjnego na podstawie przepisów art. 184 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2007 Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej "Ustawą" wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu Wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. ul. Lektykarska 29, 01-687 Warszawa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisów art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Ustawy, przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy przez prowadzenie przedmiotowego postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równości wykonawców, przez zaniechanie dokonania sprostowania Ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie szczegółowo wskazanym w uzasadnieniu protestu, w świetle Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2009 roku (sygn. akt. KIO/UZP 950/09).

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania przez:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji zapisów Ogłoszenia o zamówieniu (warunków udziału w postępowaniu) w takim zakresie, aby zmodyfikowane zapisy Ogłoszenia o zamówieniu były zgodne z Ustawą, w szczególności nie naruszały zasad równości wykonawców i uczciwej konkurencji;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania sprostowania Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie sekcji IV 1.2) pkt II d;
3. z uwagi, iż na obecnym etapie postępowania (po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) nie jest możliwe dokonanie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, bez unieważnienia postępowania, nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy, z uwagi, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zostało opublikowane w dniu 6 czerwca 2009 roku 2009/S 107-155460.

W dniu 14 sierpnia 2009 roku Zamawiający dokonał sprostowania Ogłoszenia o zamówieniu w związku z protestem wniesionym w dniu 15 czerwca 2009 roku przez Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., gdzie Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 22 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W złożonym proteście Pentacomp domagał się zmian w Sekcji III 2.3. Ogłoszenia o zamówieniu, a odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu.

Zmiana Ogłoszenia o zamówienia w dniu 14 sierpnia 2009 r. nastąpiła w wykonaniu Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2009 roku o Sygn. akt KIO/UZP 950/09.

Wyrok w sprawie o Sygn. akt KIO/UZP 950/09 został wydany na skutek wniesionego odwołania w dniu 2 lipca 2009 roku przez ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, który przystąpił do protestu wniesionego jak powyżej przez Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.

Zmiana ogłoszenia o zamówieniu w dniu 14 sierpnia 2009 r. polegała m.in. na wprowadzeniu przez Zamawiającego definicji zwrotu "autoryzowane szkolenie", przez które Zamawiający rozumie szkolenie przeprowadzane przez ośrodek autoryzowany przez producenta oprogramowania lub sprzętu, którego szkolenie dotyczy.

Odwołujący uważa, że tak zdefiniowane „autoryzowane szkolenie” ogranicza równość wykonawców i narusza zasady równego traktowania wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku o Sygn. akt KIO/UZP 950/09 z dnia 3 sierpnia 2009 roku uwzględniając odwołanie nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu poprzez dopuszczenie certyfikatów ukończenia autoryzowanych szkoleń o zakresie odpowiadającym szkoleniom wskazanym w ogłoszeniu.

W toku posiedzenia Izby na podstawie ustaleń wynikających z porównania pierwotnego tekstu Ogłoszenia z dnia 6.06.2009 r. w porównaniu z treścią Ogłoszenia zmienionego w dniu 14.08.2009 r. w zakresie Sekcji III.2.3. Zdolność techniczna oraz oświadczenia wynika, że w stosunku do pierwotnego tekstu skreślono nazwy własne szkoleń, to jest nazwy producenta oprogramowania lub sprzętu i przypisaną temu szkoleniu przez producenta numerację identyfikującą poszczególne szkolenie.

Pozostawiono natomiast nazwę szkolenia (rodzaj szkolenia), ale bez wskazania jak uprzednio nazwy producenta oprogramowania lub sprzętu oraz numeracji nadanej przez producenta temu szkoleniu.

Ponadto w ogłoszeniu zostało zdefiniowane „Autoryzowane szkolenie – oznacza szkolenie przeprowadzone przez ośrodek autoryzowany przez producenta oprogramowania lub sprzętu, którego szkolenie dotyczy.”

Poza tym Izba ustaliła, że tekst, który został poprawiony dotyczył Sekcji III 2.3. Zdolność techniczna – minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów, ust. II pkt 4 Zespół techniczny SIWZ.

Z kolei z uzasadnienia Wyroku o Sygn. akt KIO/UZP 950/09 z dnia 3 sierpnia 2009 roku wynika, że zarzuty w złożonym proteście i odwołaniu dotyczą warunku w Sekcji III 2.3. Zdolność techniczna – 4 zespół techniczny.

Również Izba nie stwierdziła, iż podnoszone były w proteście z 15 czerwca 2009 r. zarzuty do innych postanowień ogłoszenia o zamówieniu.

Natomiast w złożonym odwołaniu, to jest po dokonaniu zmiany Ogłoszenia w dniu 14.08.2009 r., Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał zmiany Ogłoszenia w sposób niekompletny, ponieważ zmianą Ogłoszenia nie objął Sekcji IV 1.2. ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału.

Bowiem Odwołujący w pkt 2 Spełnienie warunków dodatkowych: jeżeli po dokonaniu oceny spełnienia warunków określonych w Sekcji III.2.3. Zdolność techniczna, liczba Wykonawców spełniających warunki będzie większa niż 5 wówczas Zamawiający dokona oceny spełnienia przez wyłonionych Wykonawców warunków dodatkowych, określonych poniżej (...).

Z analizy wskazanego fragmentu ogłoszenia wynika, że w tej części Ogłoszenia Zamawiający nie dokonał korekty pierwotnego zapisu ogłoszenia z dnia 6.06.2009 r. i pozostały tam nazwy własne szkoleń ze wskazaniem nazw producentów oprogramowania i sprzętu oraz numeracją szkoleń przez nich nadanym.

Zamawiający na posiedzeniu Izby oświadczył, że wyżej wymieniony Wyrok KIO nie obejmował Sekcji IV 1.2. tylko obejmował Sekcję III 2.3. Ogłoszenia i dlatego zmiany dokonane na podstawie Wyroku KIO obejmowały tylko Sekcję III 2.3.

Izba po zapoznaniu się z treścią protestu z dnia 15 czerwca 2009 r. złożonego przez Pentacomp Systemy Informatyczne Spółka Akcyjna w Warszawie, który stanowi podstawę wydania Wyroku o Sygn. akt KIO/UZP 950/09 z dnia 3 sierpnia 2009 roku, stwierdziła, że zarzuty tegoż protestu obejmowały Sekcję III.2.3. Ogłoszenia Zdolność techniczna – 4) Zespół techniczny, a nie obejmowały Sekcji IV procedura IV 1.2. Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału.

Reasumując zarzut co do żądania zmiany w zakresie Sekcji IV procedura IV 1.2. Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału jest spóźniony, ponieważ powinien być złożony w ramach pierwotnego protestu z dnia 15 czerwca 2009 r., a nie dopiero protestu z dnia 24 sierpnia 2009 r.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła wniosek Zamawiającego o odrzuceniu odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Ustawy, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie na

posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie.

Bowiem zgodnie z art. 180 ust.1 i 3 pkt 2 Ustawy protest dotyczący treści ogłoszenia wnosi się w terminie 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, co w przedmiotowym postępowaniu wskazuje na upływ terminu w dniu 20 czerwca 2009 r. czyli z upływem terminu 14 dni od daty ogłoszenia zamówienia w dniu 6.06.2009 r. Natomiast Odwołujący zaskarżył zapis Sekcji IV Procedura IV 1.2. Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału dopiero w dniu 24 sierpnia 2009 r. czyli z ponad dwumiesięcznym okresem przekroczenia terminu do wniesienia odwołania na postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu.

Izba uwzględniła również wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 Ustawy, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że odwołanie, wniesione przez Wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 dotyczy czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Bowiem w ocenie Izby Zamawiający dokonał czynności zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu przez zmianę treści Ogłoszenia w dniu 14.08.2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku z dnia 3.08.2009 r. uwzględniając odwołanie nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu przez dopuszczenie certyfikatów ukończenia autoryzowanych szkoleń o zakresie odpowiadającym szkoleniom wskazanym w ogłoszeniu. W ocenie Izby autoryzowane szkolenie to takie szkolenie, które certyfikuje właśnie producent sprzętu lub oprogramowania.

W ocenie Izby Zamawiający dokonując zmiany Ogłoszenia o zamówieniu w dniu 3.08.2009 r. dokonał czynności zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów Ustawy wskazanych przez Odwołującego w proteście i odwołaniu i orzekła jak w sentencji Postanowienia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art.191 ust. 6 i 7 Ustawy.

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 niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....