

Sygn. akt KIO/UZP 813/09

WYROK
z dnia 10 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Izabela Kuciak
Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CA Services S.A., ITTI Sp. z o.o., al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów, Departament Finansów Resortu, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** protestu z dnia 2 czerwca 2009 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie postawionych warunków udziału w postępowaniu z dnia 29 maja 2009 roku.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Finansów, Departament Finansów Resortu, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** 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 uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CA Services S.A., ITTI Sp. z o.o., al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Ministerstwo Finansów, Departament Finansów Resortu, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CA Services S.A., ITTI Sp. z o.o., al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) 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 **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CA Services S.A., ITTI Sp. z o.o., al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków.**

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

Zamawiający – Ministerstwo Finansów Departament Finansów Resortu z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Opracowanie studium projektowego konsolidacji i centralizacji systemów celnych i podatkowych w resorcie finansów*”, w trybie dialogu konkurencyjnego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 31 marca 2009 roku pod numerem 2009/S 62-089551.

Dnia 29 maja 2009 roku Zamawiający, na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał Odwołującego się do uzupełnienia wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie w zakresie:

- pozycji Nr 6 – architekt funkcjonalny;
- pozycji Nr 21 – specjalista ds. zachowania ciągłości biznesowej.

stwierdzając, iż osoby wskazane przez Odwołującego na powyższe stanowiska nie wykazują się posiadaniem odpowiednich certyfikatów.

Dnia 2 czerwca 2009 roku Odwołujący się – Konsorcjum firm: CA Services S.A., ITTI Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków (zwane w dalszej części Konsorcjum CA Services) wniosło protest, na czynność Zamawiającego, polegającą na wezwaniu przez Zamawiającego Konsorcjum CA Services, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie w zakresie posiadania przez ekspertów wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 29 maja 2006 wymaganych certyfikatów, które potwierdzają spełnienie postawionych warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący się wniósł o:

- unieważnienie czynności wezwania Konsorcjum CA Services do uzupełnienia wskazanych powyżej dokumentów potwierdzających spełnienie postawionych warunków udziału w postępowaniu;
- z ostrożności procesowej - modyfikacji przedmiotowego wezwania do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - poprzez wskazanie "cech" certyfikatów wskazanych we wniosku

przez Protestującego, co do których Zamawiający nie może stwierdzić waloru ich równoważności, ze szczegółowym wskazaniem "obszarów", co do których Zamawiający powziął wątpliwości, a w szczególności nazwy podmiotu wydającego certyfikaty wskazane przez Konsorcjum CA Services dla ekspertów wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 29 maja 2009 roku.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 w związku z art. 7 ust 1 ustawy Pzp, powodujące nierówne traktowanie wykonawców oraz prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji poprzez wezwanie Konsorcjum CA Services do uzupełnienia wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie w zakresie posiadania przez ekspertów wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 29 maja 2009 roku, wymaganych certyfikatów, które potwierdzają, iż osoby wskazane do pełnienia przedmiotowych funkcji spełniają postawione warunki udziału w postępowaniu, odnośnie przedmiotowego zakresu, pomimo iż wskazane przez Konsorcjum CA Services certyfikaty, poparte wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 13 maja 2009 roku, posiadają walor równoważności w stosunku do certyfikatów wymaganych przez Zamawiającego we wniosku.

Uzasadniając Odwołujący się wskazał, iż Konsorcjum CA Services spełnia wszystkie postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, a wskazane przez Konsorcjum CA Services dokumenty są równoważne w stosunku do wskazanych we wniosku o dopuszczenie do dialogu – co Konsorcjum CA Services wykazało w Załączniku Nr 1 do protestu. Konsorcjum CA Services ma interes prawny we wniesieniu protestu, ponieważ czynności Zamawiającego uniemożliwiają ubieganie się przez Konsorcjum CA Services o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, interes prawny Konsorcjum CA Services doznał więc uszczerbku.

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego się protest był zasadny i zasługiwał na uwzględnienie. Do protestu dołączono uzasadnienie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust.3 w związku z art. 7 ust 1 ustawy Pzp stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Załącznik nr 1). W związku z powyższym Konsorcjum CA Services wiosło o nieujawnianie treści Załącznika Nr 1 na podstawie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Argumentacja zawarta w Załączniku Nr 1 dotyczy tej części oferty Konsorcjum CA Services, której jawność została przez Konsorcjum CA Services skutecznie zastrzeżona na podstawie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Mając na uwadze, iż Konsorcjum CA Services jest

zobowiązane dołożyć wszelkich starań i działań, aby informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa pozostały tajne i nie były dostępne powszechnie - także uzasadnienie protestu nie może zostać ujawnione. Dodatkowo Odwołujący się podkreślił, iż żaden z uczestników postępowania nie złożył w terminach określonych ustawą Pzp protestu na ewentualne zaniechanie ujawnienia treści oferty Konsorcjum CA Services - a zatem wszyscy uczestnicy postępowania, jak i sam Zamawiający, uznali, iż zastrzeżenie przez Konsorcjum CA Services części treści oferty jest skuteczne i zgodne z ustawą Pzp.

Dnia 8 czerwca 2009 roku Zamawiający protest oddalił.

Uzasadniając wskazał, iż w wezwaniu z dnia 29 maja 2009 r. Zamawiający wyjaśnił, iż osoby wskazane przez Odwołującego na wskazane tam stanowiska nie wykazują się posiadaniem odpowiednich certyfikatów. Architekt funkcjonalny nie posiada certyfikatu Certified IT Architekt Open Group lub równoważnego, specjalista ds. ciągłości biznesowej - certyfikatu w zakresie zachowania ciągłości biznesowej CBCP, wydawanego przez organizację DRII lub równoważnego. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego pismem z dnia 13 maja 2009 r. odnośnie certyfikatów, którymi wykazują się osoby wymienione pod pozycji 6 i 21 wykazu osób, niepotwierdzają równoważności certyfikatów. Ponadto wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego w zakresie nazwy podmiotu wydającego certyfikaty dla osób wskazanych w ww. pozycjach („*Information and Communication Technology Institute*”), nie dały możliwości jednoznacznej jego identyfikacji.

Zdaniem Zamawiającego na obecnym etapie postępowania protest jest bezzasadny, gdyż Protestujący przed wykluczeniem go z postępowania o udzielenie zamówienia nie ma interesu prawnego w kwestionowaniu czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu do uzupełnienia dokumentów (z art. 26 ust 3 Ustawy). Dopiero czynność wykluczenia objęta jest środkami ochrony prawnej, jako czynność bezpośrednio wpływająca na sytuację wykonawcy w postępowaniu, co pośrednio potwierdza wyrok ZA z dnia 11 listopada 2006 r. UZP/ZO/O-2770/06.

Zamawiający przeanalizował uzyskane dane, przeprowadził weryfikację w oparciu o wiedzę własną oraz powszechnie dostępną i uznał, że:

1. Certyfikat Information Technology Architect o numerze CA/377/17/2009 wydany przez Information and Communication Technology Institute nie jest równoważny do certyfikatu Certified IT Architekt wydawanego przez Open Group,
2. Certyfikat Business Continuity Professional o numerze CA/377/3/2009 nie jest równoważny do certyfikatu CBCP wydawanego przez organizację DRII,

gdyż zakres wymagań stawianych kandydatom do uzyskania certyfikatów opisanych powyżej w organizacji Information and Communication Technology Institute jest zawężony w stosunku do wymagań, jakie muszą spełniać posiadacze certyfikatów wydawanych przez uznane światowe organizacje certyfikujące, takie jak Open Group i DRII.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 18 czerwca 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania jak w proteście.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także zgłoszone wnioski dowodowe, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie, ustalił i zważył, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zgodnie z treścią przepisu art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych *„Wobec [...] czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu [...] można wnieść protest do zamawiającego [...]”*, przez co należy rozumieć każdą czynność, którą Zamawiający podejmuje w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, czynność Zamawiającego, która jest przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia skutkuje w przyszłości możliwością uczestniczenia w postępowaniu – zakwalifikowaniem Odwołującego się do dialogu konkurencyjnego – w konsekwencji do złożenia oferty.

Analizując dokumentację postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w odniesieniu do zarzutów stawianych przez Odwołującego, Izba stwierdziła, co następuje: Zamawiający w sekcji III 2.3. Ogłoszenia o zamówieniu postawił warunki podmiotowe udziału w postępowaniu. Określił odpowiednio warunki podmiotowe wymagane w zakresie zdolności technicznej, a mianowicie, wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy dysponują osobami spełniającymi warunki do objęcia m. in. funkcji architekta funkcjonalnego, posiadającego minimalne kwalifikacje określone w sekcji III 2.3) pkt II D ogłoszenia o zamówieniu oraz specjalisty ds. zachowania ciągłości biznesowej,

posiadającego minimalne kwalifikacje określone w sekcji III 2.3) pkt II P ogłoszenia o zamówieniu.

Zgodnie z wymogami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu Architekt funkcjonalny powinien posiadać certyfikat Certified IT Architekt Open Group (<http://www.opengroup.org/itac/>) lub równoważny, a Specjalista ds. zachowania ciągłości biznesowej - certyfikat w zakresie zachowania ciągłości biznesowej CBCP (ang. Certified Business Continuity Professional) (<http://www.drii.org/>) lub równoważny.

Zgodnie z przepisem art. 60c ustawy Prawo zamówień publicznych do wszczęcia postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego przepisy art. 40 i art. 48 ust. 2 stosuje się odpowiednio, z tym że ogłoszenie o zamówieniu zawiera również dodatkowe postanowienia określone w punktach 1 i 2 ww. przepisu.

Przepis art. 48 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych określa jakie minimalne postanowienia winny znajdować się w ogłoszeniu o zamówieniu. Punkt 6 ww. przepisu wskazuje na konieczność dokonania przez Zamawiającego opisu warunków udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich znaczenia oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Punkt 7 nakłada na zamawiającego obowiązek zamieszczenia w Ogłoszeniu o zamówieniu informacji o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Kwestię równoważności regulują przepis art. 29 ust. 3 oraz art. 30 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, jednakże odnoszą się one do opisu przedmiotu zamówienia, a nie do opisu spełniania warunków czy też rodzajów dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie stawianych warunków. W tym zakresie obowiązujące są normy prawne wynikające z przepisów art. 25 i art. 26 ustawy Pzp oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Przepisy wyżej cytowanego rozporządzenia w § 1 ust. 2 określają, iż w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać wymienionych w punktach od 1 do 6 dokumentów. Punkt 5 ww. rozporządzenia precyzuje w sposób jednoznaczny, iż Zamawiający może żądać wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności.

Zamawiający nie określił jednak w ogłoszeniu, jakie certyfikaty mogą być traktowane jako równoważne, ograniczył się tylko do wskazania w ogłoszeniu adresu strony internetowej stosownego certyfikatu.

Analizując wyżej przedstawiony stan faktyczny i prawny sprawy Izba stwierdziła, iż zarzuty Odwołującego potwierdziły się.

Zamawiający pismem z dnia 8 maja 2009 roku wezwał Odwołującego się do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

- dot. poz. 6 – w związku ze wskazaniem certyfikatu innego niż wydawany przez organizację *Open Group* prosimy o podanie nazwy organu wydającego powyższy certyfikat, warunków uzyskania certyfikatu oraz zakresu szkoleń i egzaminu,

- dot. poz. 21 - w związku ze wskazaniem certyfikatu innego niż wydawany przez organizację *DRII* prosimy o podanie nazwy organu wydającego powyższy certyfikat, warunków uzyskania certyfikatu oraz zakresu szkoleń i egzaminu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący pismem z dnia 13 maja 2009 roku złożył stosowne wyjaśnienia wskazując na poszczególne elementy, o które wnioskował Zamawiający. Z uwagi na fakt, iż ta część wyjaśnień została zastrzeżona przez Odwołującego się gdyż stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Izba stwierdza jedynie, że Odwołujący się podał nazwę organu wydającego certyfikat, który wskazał we wniosku Odwołujący się. Odwołujący się podał również warunki w jakich można uzyskać przedmiotowe certyfikaty oraz podał zakres szkolenia i egzaminu.

Informacje powyższe zbieżne są informacjami zamieszczonymi w ekspertyzie opracowanej przez Polskie Towarzystwo Informatyczne zgłoszonej jako dowód w sprawie przez Odwołującego się. Ekspertyza powyższa została sporządzona w celu odpowiedzi na pytanie, czy zakres wymagań stawianych kandydatom do uzyskania certyfikatów *Bussines Continuity Professional* i *Information Technology Architekt* wydawanych przez *Information and Communication Technology Institute ((ICT)* jest równoważny do analogicznego zakresu odnośnie certyfikatów *Certified IT Architekt Open Group* (wydawanego przez *Open Group*) i certyfikatu *Certified Business Continuity Professional* (wydawanego przez *DRII*). W konkluzji, opracowujący powyższą ekspertyzę jednoznacznie stwierdzili, iż „*Zakres wymagań podany przez Comarch ICT w zakresie certyfikacji twórców architektury IT jak i planowania ciągłości działania pokrywają się całkowicie i dokładnie z wymaganiami opracowanymi dla certyfikatów przyznawanych przez organizacje The Open Group oraz DRI International.*”.

Odnoszą się do stanowiska Zamawiającego, iż Odwołujący się winien wykazać również równoważność w zakresie organizacji czy też instytucji wystawiającej dany certyfikat, co do jej niezależności od innych podmiotów, Izba stwierdziła, że zarzut ten jest bezzasadny. Zamawiający w ogłoszeniu jednoznacznie wskazał, iż wymaga posiadania certyfikatu Certified IT Architekt Open Group lub równoważnego oraz posiadania certyfikatu w zakresie zachowania ciągłości biznesowej CBCP lub równoważnego, nie żądał posiadania certyfikatu wystawionego przez podmiot niezależny taki jak np. Disaster Recovery Institute International (DRII), tym samym stawianie takiego wymogu na etapie oceny złożonych wniosków, zdaniem Izby stanowi niedozwoloną modyfikację Ogłoszenia o zamówieniu.

Izba podziela stanowisko Odwołującego się, iż w zakresie wątpliwości jakie Zamawiający powziął na etapie badania wniosków, Zamawiający winien tak długo prowadzić postępowanie wyjaśniające dotyczące treści złożonych dokumentów bądź też oświadczeń w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, aż będzie w stanie bez żadnych wątpliwości stwierdzić i prawidłowo ocenić złożone dokumenty bez szkody dla wykonawcy, który podlega takiemu badaniu bądź ocenie. Powyższe potwierdza stanowisko zaprezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 103/07, w której skład orzekający stwierdził, iż *„Zamawiający nie powinien a priori zakładać, że wykonawca nie spełnia postawionych przez niego warunków. Jest to szczególnie uzasadnione w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdyż ciężar dowodu w zakresie istnienia przesłanek wykluczenia obciąża Zamawiającego”*.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zarzuty Odwołującego się w zakresie naruszenia przepisów art. 26 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych potwierdziły się w związku z czym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1a oraz ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury VAT złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy - Prawo zamówień publicznych 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:

.....

.....