

WYROK
z dnia 2 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Andrzej Niwicki**

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: **Renata Łuba**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 02.02.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Makronet Sp. z o.o., 02-925 Warszawa, ul. Okrężna 56** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, 10-957 Olsztyn, ul. Oczapowskiego 2** protestu z dnia **24 października 2009 r.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Makronet Sp. z o.o., 02-925 Warszawa, ul. Okrężna 56** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Makronet Sp. z o.o., 02-925 Warszawa, ul. Okrężna 56**;
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych

Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Makronet Sp. z o.o., 02-925
Warszawa, ul. Okrężna 56;**

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

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie w trybie przetargu ograniczonego na *dostawę stacji badawczych wyposażonych w wysokospecjalizowane oprogramowanie (nr postępowania 152/2009/PO/DZP)* ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 listopada 2009 r., 2009/S 219-315093, wobec treści ogłoszenia o zamówieniu w dniu 25 listopada 2009 r. protest do zamawiającego wniósł Makronet Sp. z o.o. (pismo z dnia 24.11.2009 r.). Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 7 grudnia 2009 r. odrzucając go na podstawie art. 180 ust. 7 PrZamPubl. Wobec rozstrzygnięcia protestu Makronet Sp. z o.o. wniósł w dniu 10 grudnia 2009 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie jego kopię zamawiającemu.

W proteście oraz odwołaniu, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszenie art. 22 ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia protestu przez zamawiającego, nakazanie zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w treści odwołania. W odwołaniu wykonawca sprzeciwił się prawidłowości decyzji zamawiającego o odrzuceniu protestu, przez uznanie, iż został on wniesiony z uchybieniem terminu określonego w art. 180 ust 3 pkt 2 PrZamPubl, a także stwierdzenie, iż był on niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 i 7 PrZamPubl.

Odwołujący w dwunastym dniu od publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wniósł samodzielny protest dotyczący określenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego „zdolności technicznej”, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Zdaniem odwołującego opisany przez zamawiającego warunek, aby wykonawcy składający wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedstawili wykaz osób którymi dysponują lub będą dysponować i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, faworyzuje wykonawców dysponujących nie zawsze doświadczeniem, a jedynie szerokim zasobem ludzkim. W zasadzie, zdaniem odwołującego tylko tacy wykonawcy mogą skutecznie wziąć udział w postępowaniu, natomiast wykonawcy posiadający wiedzę i doświadczenie, chociaż nie dysponujący zasobami kadrowymi nie są w

stanie wziąć udziału w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający winien w ocenie odwołującego odnieść warunek udziału w postępowaniu do zakresu objętego zamówieniem, co oznacza, iż powinny być one adekwatne do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał dodatkowo w odwołaniu na niezgodność wskazanych przez zamawiającego dokumentów mających potwierdzać zdolność techniczną z zapisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, w którym w § 1 ust. 1 pkt 2 i 5 wskazano na żądanie wykazu również wykonywanych dostaw, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, a także określono zakres informacji, jakie zamawiający może żądać podania w wykazie osób. Odwołujący zarzucił zamawiającemu zawężenie kręgu wykonawców wyłącznie do tych, których wykonali dostawy oraz rozszerzenie zapisów rozporządzenia o wymaganie danych kontaktowych (nazwa urzędu, Imię i Nazwisko, zajmowane stanowisko, telefon kontaktowy) osoby ze strony zamawiającego, która ma potwierdzić udział i rolę danego specjalisty w realizacji projektu. Również w odwołaniu wykonawca wskazał na naruszenie przez art. 48 ust. 2 pkt 10 ustawy poprzez nie określenie w ogłoszeniu o zamówieniu kryterium oceny ofert i ich znaczenia.

Zamawiający odrzucając protest uznał, iż był on niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust 7 ustawy, ponieważ okoliczności podnoszone przez odwołującego i dotyczące opisanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, w szczególności wymogu dysponowania określoną liczbą konsultantów posiadających określone kwalifikacje i doświadczenie, były objęte protestem COIG-SOFTWAREA, do którego odwołujący nie przystąpił. Zamawiający dodatkowo z ostrożności procesowej przedstawił swoje stanowisko co do błędnych założeń odwołującego dotyczących rozumienia warunku wiedzy i doświadczenia, a także odwołał się do rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez COIG-SOFTWARE.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

Skład orzekający uznał, iż zamawiający błędnie zastosował przepis art. 181 ust. 7 ustawy PrZamPubl odrzucając protest odwołującego, jako niedopuszczalny. Okoliczność, iż odwołujący nie przystąpił do protestu wniesionego przez innego wykonawcę, który podnosił analogiczne zarzuty co odwołujący, nie oznacza, iż wykonawca ten utraci prawo do wniesienia samodzielnego protestu, oczywiście z zachowaniem terminów ustawowych. Jedynie w sytuacji, gdyby wykonawca wezwany ani nie przystąpił do protestu innego

wykonawcy ani nie wniósł samodzielnego środka ochrony prawnej z zachowaniem terminu, zastosowanie miałby przepis art. 181 ust. 7 PrZamPubl. Regulacja ta ma na celu zapobieganie przedłużaniu procedury przez wykonawców i blokowania przebiegu postępowania za pomocą wnoszenia środków ochrony prawnej opartych na okolicznościach wcześniej już podnoszonych. Służyć ma ona koncentracji środków ochrony prawnej, co w okolicznościach rozpoznawanej sprawy miało miejsce. Odwołujący wniósł w terminie ustawowym protest wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, którego skuteczności nie pozbawiło zaniechanie skorzystania z prawa do zgłoszenia przystąpienia do postępowania wywołanego protestem innego wykonawcy. W tych okolicznościach to od decyzji wykonawcy zależało, czy wnieść oddzielny protest, czy też przyłączyć się do protestu innego wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze odwołanie podlegało rozpoznaniu merytorycznemu na rozprawie.

Mając na uwadze zakres zarzutów wskazanych w proteście i odwołaniu, rozpoznaniu podlegało odwołanie w zakresie wskazanym w proteście, tj. w zakresie zarzutu opisu warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej wymaganej od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, w sposób naruszający art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy PrZamPubl. Stanowisko odwołującego sprowadzić można do twierdzenia o zbyt rozbudowanym zakresie wymagań dotyczących zespołu specjalistów, które odwołujący ocenił jako nieadekwatne do zakresu przedmiotowego zamówienia. Zamawiający w ogłoszeniu wymaga wskazania do wykonania zamówienia grupy specjalistów (Zespołu Specjalistów), obejmującej:

- 1) co najmniej 2 konsultantów znających oferowaną bazę danych ze stosownymi certyfikatami,
- 2) co najmniej 2 konsultantów znających oferowane narzędzie do zabezpieczenia praw autorskich ze stosowanymi certyfikatami,
- 3) co najmniej 1 konsultant znający oferowane narzędzie do dystrybucji informacji o organizacji ze stosownymi certyfikatami,
- 4) co najmniej 1 konsultant znający oferowane narzędzie opisu organizacji i problematykę tworzenia raportów w narzędziu do opisu organizacji i wykonanie raportów w oferowanym narzędziu w co najmniej 1 urzędzie posiadającym oferowane narzędzie, w miastach zamieszkałych przez co najmniej 700 000 mieszkańców,
- 5) co najmniej 1 konsultant znający narzędzie opisu organizacji i potwierdzenie realizacji szkoleń w oferowanym narzędziu, w zakresie opisu organizacji dla co najmniej 1 urzędu miasta, w miastach zamieszkałych przez co najmniej 700 000 mieszkańców oraz 1 organizacji dla grupy uczestników szkolenia co najmniej 15 osób,

- 6) co najmniej 1 konsultant znający oferowane narzędzie opisu organizacji i problematykę zarządzania bezpieczeństwem ze stosownymi certyfikatami i potwierdzenie realizacji projektów w zakresie zarządzania bezpieczeństwem w co najmniej 2 urzędach miasta, w miastach zamieszkałych przez co najmniej 50 000 mieszkańców, w tym co najmniej 1 urząd posiadający oferowane narzędzie i 1 urząd mający wdrożoną politykę bezpieczeństwa,
- 7) co najmniej 2 konsultantów znających narzędzie opisu organizacji i potwierdzenie realizacji projektów w co najmniej 3 urzędach miast, w miastach zamieszkałych przez co najmniej 400 000 mieszkańców, w ramach projektu obejmującego analizę wszystkich procesów urzędu,
- 8) co najmniej 1 konsultant znającyc oferowane narzędzie opisu organizacji i potwierdzenie realizacji projektów w oferowanym narzędziu, w zakresie opisu organizacji w projekcie informatycznym, w co najmniej 1 urzędzie miasta na prawach powiatu w mieście powyżej 700 000 mieszkańców.

Zgodnie ze skróconym opisem przedmiotu zamówienia zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu, przedmiotem zamówienia jest dostawa wraz z transportem, rozładowaniem, wniesieniem, montażem, instalacją i uruchomieniem wszystkich składników zamówienia, obejmujących: zakup laptopów, dedykowanych serwerów, dedykowanego oprogramowania z bazą danych (wykorzystywane m.in. przez jednostki administracji publicznej) do opisu organizacji, opracowania elektronicznej bazy modeli referencyjnych z zabezpieczeniem praw autorskich i dystrybucji Informacji o organizacji; wsparcie techniczne w zakresie wykorzystania dedykowanego oprogramowania do opisu organizacji, opracowania elektronicznej bazy modeli referencyjnych z zabezpieczeniem praw autorskich i dystrybucji informacji o organizacji; serwis i wsparcie techniczne.

Mając na uwadze treść ogłoszenia, a także wyjaśnienia zamawiającego zawarte w piśmie złożonym do akt sprawy oraz wcześniej w rozstrzygnięciu protestu wniesionego przez COIG-SOFTWARE Sp. z o.o., Izba oddaliła odwołanie. W szczególności należy zauważyć, iż odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń o nieadekwatności żądania od wykonawców wykazania grupy ekspertów – konsultantów do realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący próbował pomijać treść wyjaśnień zamawiającego, opierając się wyłącznie na treści ogłoszenia, zawierającego skrócony opis przedmiotu zamówienia. Izba przyjęła wyjaśnienia zamawiającego za wiarygodne, tym bardziej, iż zamawiający rozstrzygając w dniu 7 grudnia 2009 r. protest COIG-SOFTWARE Sp. z o.o., wskazywał na tożsame okoliczności uzasadniające żądanie grona ekspertów wskazanych w treści ogłoszenia o zamówieniu. Jak wynika z treści protestu odwołującego, jak również wyjaśnień złożonych na rozprawie, odwołujący składając protest nie miał pełnej

informacji o zakresie przedmiotowego zamówienia, stąd jego argumentacja opierała się wyłącznie na informacji zawartej w sekcji II ogłoszenia – Krótki opis zamówienia lub zakupu(ów). W toku rozprawy odwołujący przyznał, iż wyjaśnienia zamawiającego zmieniają jego ocenę warunku, chociaż z uwagi na niepełny opis przedmiotu zamówienia nie jest w stanie potwierdzić adekwatności kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu. Wskazywany przez odwołującego termin realizacji zamówienia (7 dni od daty podpisania umowy), czy też zbyt ogólny opis przedmiotu zamówienia nie były przedmiotem protestu wykonawcy i zgodnie z art. 191 ust. 3 PrZamPubl nie podlegały orzekaniu. Ewentualne oczekiwania odwołującego co do zmiany opisu przedmiotu zamówienia należało ocenić jako spóźnione. Również rozważania odwołującego o możliwości realizacji dostawy w terminie określonym przez zamawiającego nie mogły mieć znaczenia, jako gołosłowne dla oceny zasadności wniesionego odwołania. Stąd zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust 2 PrZamPubl należało ocenić jako nieuzasadniony.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - 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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....