

Sygn. akt KIO/UZP 1018/08

WYROK

z dnia 9 października 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 października 2008r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **MALKOM D. Malińska i Wspólnicy Spółka Jawna, 02-495 Warszawa, ul. Bodycha 18** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Departament Zaopatrzenia Sił Zbrojnych, 00-911 Warszawa, Al. Niepodległości 218** protestu z dnia 1 września 2008r.

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

orzeka:

1. Unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

2. Kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Obrony Narodowej, 00-911 Warszawa, Al. Niepodległości 218

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczzonego przez **MALKOM D. Malińska i Wspólnicy Spółka Jawna, 02-495 Warszawa, ul. Bodycha 18,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Ministerstwo Obrony Narodowej, 00-911 Warszawa, Al. Niepodległości 218** na rzecz **MALKOM D. Malińska i Wspólnicy Spółka Jawna, 02-495 Warszawa, ul. Bodycha 18**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **MALKOM D. Malińska i Wspólnicy Spółka Jawna, 02-495 Warszawa, ul. Bodycha 18.**

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

Zamawiający – Ministerstwo Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Departament Zaopatrzenia Sił Zbrojnych prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego zakończonego aukcją elektroniczną, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa infrastruktury klucza publicznego dla Sił Zbrojnych (PKI). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 28 sierpnia 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008 -223505.

Dnia 1 września 2008 r. Odwołujący się wniósł protest wobec treści ogłoszenia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 48 ust. 2 pkt 1 i 2 w zw. z art. 47, art. 29 ust. 1, art. 7, art. 25 ust. 1, art. 22 oraz § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich można żądać od wykonawców oraz form w jakich dokumenty te mają być składane (Dz. U. z 2006r., Nr 87, poz. 605).

W zakresie naruszenia przepisu art. 48 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 47 ustawy Pzp Odwołujący się podnosi, że Zamawiający nie wskazał precyzyjnie swojego adresu (brak ulicy i nr domu), jak również nie określił trybu, w jakim prowadzone jest postępowanie.

Odwołujący się wskazuje, że w Sekcji II.1.5 Ogłoszenia Zamawiający nie określił, czy w ramach wdrożenia usług certyfikacji PKI, w zakres którego wchodzi dostawa oprogramowania, wykonawca winien przenieść na Zamawiającego majątkowe prawa autorskie, czy też udzielić licencji, stosownie do przepisu art. 41 ust. 1 i 4 oraz art. 74 ust. 4 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.), Powyższe nie może być przez wykonawców domniemywane, m.in. ze względu na konsekwencje wynikające z regulacji zawartych w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych, w szczególności art. 142 ust. 1, art. 144 ust. 1 w zw. z art. 65-67 w zw. z art. 74 ust. 1 i 4, art. 43 ust. 1, art. 44 ust. 1 i 4. Uchybienia powyższe, zdaniem Odwołującego się, stanowią o naruszeniu przepisu art. 29 ust. 1 i art. 7 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego się, Zamawiający naruszył przepisy art. 22 ust. 2, art. 25 oraz § 1 ust. 2 pkt 2 powołanego Rozporządzenia w ten sposób, że wymaga przedłożenia referencji, z których każda ma poświadczać zrealizowanie zamówienia o wartości nie mniejszej niż 1 mln zł (Sekcja II.2.3. lit. a-f Ogłoszenia), co łącznie daje wartość 6 mln zł. Powyższe skutkuje tym, że Zamawiający uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom, którzy realizowali tego rodzaju zamówienie, jednakże o mniejszej wartości. Co więcej wartość wykazanych usług, w żaden sposób nie odnosi się do wartości zamówienia, którą Zamawiający określił na poziomie 634 241,15 EUR. Odwołujący się wyjaśnia, że wobec tak określonych warunków, według jego wiedzy, tylko jedna firma może wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, tj. UNIZETO TECHNOLOGIES S.A.

Ponadto Odwołujący się podnosi, że żądane referencje mogą dotyczyć jedynie wykonanych wdrożeń, natomiast nie mogą wchodzić w zakres obsługiwanych systemów certyfikacji.

W związku ze wskazanymi naruszeniami Odwołujący się wnosi o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Dnia 12 września 2008 r. Zamawiający protest oddalił, wskazując jednocześnie, że został wniesiony przez podmiot nieuprawniony. Zamawiający wyjaśnia, że w Sekcji I Ogłoszenia wskazał, m.in. adres Zamawiającego, a w Sekcji IV wyraźnie określił tryb prowadzenia niniejszego postępowania. Jednocześnie Zamawiający zwraca uwagę, że wysyłając ogłoszenie o wszczęciu postępowania musi stosować się do określonych wzorów ogłoszeń i zasad ich wypełniania zawartych w Rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień publicznych. Ponadto Zamawiający wskazuje, że skoro Odwołujący się podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 47 i 48 ustawy Pzp, a więc regulacji dotyczących przetargu ograniczonego, oznacza to, że Ogłoszenie jest czytelne i zrozumiałe.

Zdaniem Zamawiającego zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za chybiony, gdyż na obecnym etapie postępowania, w Ogłoszeniu, Zamawiający określa jedynie przedmiot zamówienia. Natomiast jego szczegółowy opis, zgodnie z art. 36 ustawy Pzp zostanie zawarty w SIWZ, którą otrzymają wykonawcy zaproszeni do złożenia oferty. W tym stanie rzeczy, podniesiony zarzut należy uznać za przedwczesny.

Zamawiający wskazuje, że ustalając warunki udziału w postępowaniu oparł się na obiektywnych przesłankach, tak aby do udziału w postępowaniu został dopuszczony każdy wykonawca, który jest zdolny wykonać zamówienie. Zamawiający zwraca uwagę, że przepis § 1 ust. 2 pkt 2 przedmiotowego Rozporządzenia pozwala na żądanie wykazu wykonanych dostaw lub usług, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia.

Zamawiający podnosi, iż Odwołujący się niewłaściwie interpretuje sporny warunek, gdyż Zamawiający w sposób jasny i zrozumiały określił, iż wartość pojedynczego wdrożenia musi wynosić przynajmniej 1 mln zł. Ponadto Zamawiający dokonując rozeznania rynku stwierdził, że istnieje co najmniej kilka firm zdolnych wykonać niniejsze zamówienie, a biorąc pod uwagę możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie wykonawców, grono potencjalnych wykonawców jest tym większe.

Dodatkowo Zamawiający zwraca uwagę, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w wymaganym okresie wykonali określone wdrożenie, jaki i ci, którzy obsługują wcześniej wykonane wskazane wdrożenie.

Odwołujący się nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i dnia 17 września 2008 r. wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Ponadto podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 180 ust. 7 ustawy Pzp. Odwołujący się stwierdza, że wniesienie protestu przez osobę nieuprawnioną powinno skutkować jego odrzuceniem, a nie oddaleniem, jak uczynił to Zamawiający. Ponadto zarzut Zamawiającego jest chybiony, gdyż p. Beata Ś., będąca współlnikiem w Spółce, jest uprawniona, na mocy art. 29 § 1 i 3 kodeksu spółek handlowych, do jej reprezentacji.

Odwołujący się wskazuje, że wzór Ogłoszenia nie stanowi przeszkody do określenia pełnego adresu i trybu postępowania. Określenie rodzaju procedury, jako ograniczona, nie przesądza o trybie postępowania.

Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący się powołuje bogate orzecznictwo Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej oraz pismo z dnia 4 września 2008 r. skierowane do Zamawiającego przez Polską Izbę Informatyki i Telekomunikacji w Warszawie.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania, zeznań świadków oraz po wysłuchaniu Odwołującego się na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W Sekcji III.2.3) *Ogłoszenia o zamówieniu* Zamawiający wskazał na informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów w zakresie zdolności technicznej, m.in. na „wykaz wykonanych wdrożeń w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. wykonali (lub obsługują wcześniej wykonane) wdrożenie usług certyfikacji PKI (Public Key Infrastructure), w skład którego wchodziły urzędy certyfikacyjne (CA), urzędy rejestracyjne (RA), subskrybenci certyfikatów (użytkownicy), oprogramowanie i sprzęt w tym:

- a) umożliwiające obsługę przynajmniej 100 000 certyfikatów o wartości nie mniejszej niż 1 mln zł,
 - b) w którym została wykorzystana aplikacja do składania i weryfikacji podpisu umożliwiająca szyfrowania, znakowanie czasem, wykorzystanie OSCP dla nie mniej niż 30 000 tysięcy użytkowników,
 - c) umożliwiające prace przynajmniej 30 000 użytkowników z wykorzystaniem kart mikroprocesorowych,
 - d) realizujące usługi dla użytkowników rozproszonych na terenie całego kraju, wykorzystujące co najmniej 5 punktów rejestracji w różnych geograficznie lokalizacjach
 - e) w którym punkty rejestracji wykonują procesy pojedynczego wydawania certyfikatów oraz pracę wsadową dla grupy użytkowników,
 - f) w którym funkcjonują przynajmniej dwa urzędy pośrednie
- z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania (miesiąc i rok) i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie i wartość wdrożenia wynosi przynajmniej 1 mln zł. W celu przeprowadzenia oceny, wykonawca składa wykaz wykonanych wdrożeń w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia o wartości powyżej 1 mln zł, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz składa dokumenty potwierdzające, że wdrożenia te zostały wykonane należycie. Ocenie podlegać będą tylko te wykazane, wdrożenia dla których wykonawca załączył wymagane dokumenty potwierdzające (z wyszczególnieniem wszystkich pozycji w punkcie 1 od a) do f) biorących udział w ocenie Wykonawcy), że zostały one wykonane należycie i wartość wdrożenia wynosi przynajmniej 1 mln zł (załącznik nr 4)”.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że w treści sformułowanego warunku zachodzi wewnętrzna sprzeczność. Należy bowiem zwrócić uwagę, że z jednej strony Zamawiający żąda, aby wartość całego wdrożenia wynosiła przynajmniej 1 mln zł, gdy tymczasem jedna z części składowych przedmiotowego wdrożenia ma mieć wartość nie mniejszą niż 1 mln zł. Taki wymóg wynika z przytoczonego ppkt a, zgodnie z którym wartość certyfikatów ma być nie mniejsza niż 1 mln zł. Mamy więc do czynienia z sytuacją, gdzie spełnia warunek ten wykonawca, który wykaże wdrożenie (lub obsługę wykonanego wdrożenia) o wartości 1 mln zł, czyli wszystkie elementy stanowiące przedmiotowe wdrożenie muszą opiewać na wymaganą wartość, z drugiej jednak strony już same certyfikaty powinny mieć wartość nie mniejszą niż 1 mln zł. Takiego wymogu nie sposób spełnić, bowiem koszt wdrożenia nigdy nie będzie się ograniczał do wartości certyfikatów. Skoro jedno wdrożenie na kwotę 1 mln zł potwierdza spełnienie przedmiotowego warunku, to nie jest możliwe, aby jedna ze składowych była przynajmniej tej samej wartości. Jeżeli intencją Zamawiającego było, co wynika z zeznań świadków, żeby przypisać określoną wartość jedynie do całego wdrożenia, to nie mógł jednocześnie tej wartości przypisać do jednej z części przedmiotowego wdrożenia. Z powyższych względów, przedmiotowy warunek nie może ostać się w kształcie zaproponowanym przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza zwraca również uwagę, że Zamawiający przypisuje wymaganemu wdrożeniu dwie różne wartości, wskazując wartość „przynajmniej 1 mln zł”, a w innym miejscu wymienia wartość „powyżej 1 mln zł”. Tymczasem tylko pozornie są to te same wartości. Nie da się bowiem postawić znaku równości pomiędzy kwotą 1 mln zł a kwotą przekraczającą 1 mln zł.

Ponadto, Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że budzi wątpliwości treść wymagania ppkt b, w którym liczba użytkowników została określona na poziomie 30 000 000 („30 000 tysięcy”). Redakcja tego wymogu, zdaniem Izby jest wadliwa, chociażby ze względu na brzmienie ppkt c, który dotyczy 30 000 użytkowników.

W tym stanie rzeczy, Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że w świetle przedmiotowych postanowień, brak możliwości jednoznacznej oceny jaka wartość wdrożenia spełni wymagania Zamawiającego, a co więcej, nie jest możliwe spełnienie postawionego warunku ze względu na wewnętrzną sprzeczność. Jeśli bowiem wykonawca wykaże wdrożenie (lub obsługę wcześniej wykonanego) o wartości 1 mln zł, w skład którego wchodzi certyfikaty o wymaganej wartości, to nie jest w stanie wykazać realizacji pozostałych części wdrożenia (nie będą się bowiem one mieściły w wartości 1 mln zł), które zostały określone, jako elementy konieczne wykazywanego wdrożenia. Jeśli zaś wykonawca wykaże się wdrożeniem o wartości 1 mln zł (na minimalnym dopuszczonym poziomie), które składa się z wszystkich wymaganych części (ppkt a-f), to nie spełni wymogu wartościowego w odniesieniu do certyfikatów.

Powyższej sytuacji nie można zaakceptować. Zamawiający zobowiązany jest bowiem formułować warunki udziału w postępowaniu w sposób jasny i precyzyjny. Każdy z wykonawców musi mieć pewność, że dokument składany na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu jest dokumentem wymaganym i właściwym również co do treści. Nie może być bowiem tak, że wykonawca podejmuje na własne ryzyko decyzję, który z wymogów wystarczy spełnić. W niniejszej sprawie, w istocie wykonawca musiałby dokonać wyboru, czy kwota 1 mln zł jest tą minimalną, czy może kwota powyżej tej wartości. W takiej sytuacji jeden z wykonawców, z ostrożności mógłby wykazać kwotę wyższą, inny zaś nie mając takiej możliwości, działałby w stanie niepewności. Tymczasem wykonawcy nie mogą mieć wątpliwości, jaka jest treść sformułowanego warunku i w jaki sposób należy ten warunek spełnić, a Zamawiającemu nie może przysługiwać mu uprawnienie do podejmowania arbitralnych decyzji w przedmiocie oceny spełniania warunku. Ciężar skonkretyzowania we właściwy sposób warunków udziału w postępowaniu spoczywa na Zamawiającym i wykonawcy w wypadku uchybienia temu obowiązkowi nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że nie ma możliwości sanowania przedmiotowych uchybień, że względu na treść przepisu art. 11 ust. 4 ustawy Pzp. Pozostawienie ogłoszenia w niezmienionym brzmieniu nie jest również możliwe, gdyż uchybienia stanowią wadę postępowania (jak wskazano nieusuwalną), która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba stwierdza zatem, że w niniejszej sprawie zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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), uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 3600,00 zł.

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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*