

Sygn. akt KIO/UZP 1018/10

WYROK
z dnia 10 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Anna Chudzik
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ZPA Smart Energy a.s., Komenskeho 821, 541 01 Trutnov, Republika Czeska**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **ENERGA – OPERATOR S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk** protestu z dnia 6 maja 2010 roku

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APATOR S.A., Fabryka Aparatury Pomiarowej PAFAL S.A., adres do doręczeń: Piotr Błażewicz, Fabryka Aparatury Pomiarowej PAFAL S.A., ul. Łukasińskiego 26, 58-100 Świdnica** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **ZPA Smart Energy a.s., Komenskeho 821, 541 01 Trutnov, Republika Czeska**

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 uiszczonego przez **ZPA Smart Energy a.s., Komenskeho 821, 541 01 Trutnov, Republika Czeska**
- 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 **ZPA Smart Energy a.s., Komenskeho 821, 541 01 Trutnov, Republika Czeska**

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

Zamawiający - Energa - Operator S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę komunalnych liczników energii elektrycznej dla potrzeb Energa – Operator S.A. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 stycznia 2010 roku pod poz. S9 10871-2010.

W dniu 6 maja 2010 roku odwołujący – ZPA Smart Energy a.s. wniósł protest na następujące działania zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2010 roku, polegające na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu część 2 przez konsorcjum Apator S.A. oraz Fabryka Aparatury Pomiarowej Pafal S.A.
2. zaniechaniu przez zamawiającego w części 2 naliczenia odwołującemu dodatkowych punktów zgodnie z warunkami siwz i załącznikiem nr do siwz.

W uzasadnieniu swojego stanowiska odwołujący wskazał, że zamawiający nie naliczył odwołującemu, zgodnie z działem XVIII – kryteria oceny ofert, pkt 2.3.1 dodatkowo 5 punktów za zabezpieczenie sprzętowe oprogramowania dla poziomów 2 i 3, pomimo że wykonawca takie zabezpieczenie dostarczył wraz z licznikami wzorowymi i ofertą. Odwołujący wyjaśnił, że dostarczył 4 komplety kluczy HASP dla zastosowania na

komputerach PC, przy czym każdy komplet zawierał jeden klucz HASP dla poziomu 2 i jeden klucz dla poziomu 3. Z instrukcji dołączonej do oferty dla zastosowania dla PC i urządzenia typu palmtop na nośniku CD, wynika, że zabezpieczenie poziomów 2 i 3 polega na tym, że wykorzystując przekazany software umożliwiającą ustawienie licznika na komputerze PC wykorzystuje się klucze HASP, natomiast dla urządzenia typu palmtop, osoba chcącą mieć dostęp dla poziomów 2 i 3 musi zwrócić się do producenta (odwołującego) o wydanie specjalnego kodu dostępu, za pomocą którego uzyska możliwość dostępu do danego rodzaju poziomów. Odwołujący podniósł, że warunki siwz ani załącznik nr 1 nie precyzowały na czym ma polegać zabezpieczenie sprzętowe oprogramowania dla poziomów dostępu 2 i 3, każdorazowe wydawanie kodów dostępu dla urządzeń typu palmtop i stałe klucze HASP dla komputerów PC są najbardziej odpowiednie i najbezpieczniejsze. Odwołujący wskazał także, że cały system był demonstrowany w dniu 25 marca 200 roku w Gdańsku i działał bez zarzutów ze strony zamawiającego.

Pismem z dnia 17 maja 2010 roku zamawiający protest oddalił, wskazując, że wymagania techniczne względem oprogramowania, określone w załączniku nr 1 do siwz miały na celu umożliwienie pracy urządzenia bez dodatkowego, zewnętrznego i wyjmowanego urządzenia o czym świadczy treść pkt 2.5 – 2.11. które przywołał w treści rozstrzygnięcia zamawiający. Zamawiający powołał także treść odpowiedzi na pytania z dnia 3 lutego 2010 roku (pytanie 6 i 7).

Zamawiający wskazał, że odwołujący nie dostarczył wymaganego zabezpieczenia tylko zaproponował inne rozwiązanie. Zamawiający wymagał urządzeń zewnętrznych a nie wydawania każdorazowo indywidualnych kodów dostępu dla montera do oprogramowania i nie pozostawił wykonawcom dowolności w tym zakresie oczekując zabezpieczenia sprzętowego w postaci klucza sprzętowego traktowanego jako zewnętrzne urządzenie, które należy dostarczyć wraz z dostawą liczników (100 kluczy do komputerów stacjonarnych, 500 kluczy do urządzeń przenośnych). Dodatkowo, odpowiadając na pytanie nr 10 (pismo z dnia 15 lutego) zamawiający jednoznacznie wskazał, że jedynie przygotowanie zabezpieczeń kluczem sprzętowym zarówno na komputery stacjonarne jak i na urządzenia przenośne będzie dodatkowo punktowane.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego o oddaleniu protestu, odwołujący wniósł w dniu 27 maja 2010 roku (data stempla pocztowego) odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 2 i podtrzymał argumentację zawartą w proteście.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów:

1. z zeznań świadków, którzy mają odpowiedzieć na pytania dotyczące przebiegu postępowania: Pani Alicja Fornalska – sprawy formalne, pan Piotr Pichlak – sprawy techniczne.

2. przesłuchanie stron – za wykonawcę – Dyrektora Handlowego i członka zarządu Michała M. oraz osobę odpowiedzialną Ing. Libora Holuba.
3. z dokumentacji przetargowej udostępnionej w całym zakresie przez zamawiającego.

W konsekwencji odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności:

1. wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 2,
2. oddalenia protestu,

a także nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło swoje przystąpienie konsorcjum Apator S.A. oraz FAP Pafal. Przystępujący podkreślił, powołując się na treści siwz i udzielone w trakcie trwania procedury odpowiedzi na pytania, że zamawiający podał, że dodatkowo punktowane będzie zabezpieczenie sprzętowe w postaci kluczy sprzętowych, nie pozostawiając dowolności w tym zakresie dla wykonawców. Oferta złożona przez odwołującego posiada zabezpieczenie sprzętowe oprogramowania na PC w postaci kluczy HASP, nie posiada natomiast zabezpieczenia sprzętowego poziomu 2 na urządzenia przenośne, dlatego zgodnie z ustalonymi kryteriami nie może uzyskać dodatkowych punktów. Niezależnie od tego czy odwołujący dostarczy zamawiającemu algorytm do generowania kodów dostępu – kluczy programowych, czy sam będzie je generował, zabezpieczenie to nadal będzie zabezpieczeniem programowym, a nie sprzętowym. Przystępujący zaoferował zabezpieczenie sprzętowe oprogramowania na urządzeniach PC w postaci kluczy HASP a w urządzeniach przenośnych w postaci specjalnej karty SD, spełniając w ten sposób wymóg zamawiającego.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie dokumentację postępowania o przedmiotowe zamówienie publiczne: specyfikację istotnych warunków zamówienia, udzielone w toku postępowania wyjaśnienia i modyfikacje siwz. Uwzględniając powyższe oraz biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska pełnomocników stron, złożone do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa fabrycznie nowych komunalnych liczników energii elektrycznej w ilości 277 759 szt. wraz z oprogramowaniem, umożliwiającym parametryzację licznika, odczyt danych pomiarowych, profili obciążeń, rejestratora zdarzeń. Wymagania techniczne zostały określone w załączniku nr 1 do siwz.

W dziale XVIII kryteria oceny ofert, zamawiający podał, że oferty będą podlegały ocenie punktowej wg następujących kryteriów:

1.1. cena – 85 %

1.2. oferowany okres gwarancji – 10%

1.3. zabezpieczenie sprzętowe oprogramowania dla poziomów dostępu 2 i 3 – 5%.

Odnosnie kryterium 1.3. zamawiający podał, że za zabezpieczenie sprzętowe oprogramowania dla poziomów dostępu 2 i 3: istnienie zabezpieczenia – 5 pkt, brak zabezpieczenia – 0 pkt.

W załączniku nr 1 do siwz, zamawiający podał m.in., że:

„2.6. Oprogramowanie winno posiadać niepowtarzalny numer licencji i umożliwiać definiowanie użytkowników. Zabezpieczenie sprzętowe oprogramowania dla poziomów dostępu 2 i 3 będzie dodatkowo punktowane.

2.8. Oprogramowanie winno posiadać następujące poziomy dostępu do licznika i plików parametryzacyjnych:

- poziom 1- możliwy tylko odczyt danych rozliczeniowych i parametrów z licznika (inkasencki),
- poziom 2 - możliwy odczyt i parametryzacja licznika za pomoc gotowych plików parametryzacyjnych, ustawienie zegara (monterski),
- poziom 3 - możliwy odczyt i parametryzacja licznika w pełnym zakresie (administracyjny).

Pismem z dnia 3 lutego 2010 roku, znak: AF/15/RZU/2010, w odpowiedzi na pytanie nr 6 o treści:

„Zgodnie z pkt. 2.2.6 zabezpieczenie sprzętowe oprogramowania poziomu 2 i 3 będzie dodatkowo punktowane. Czy do uzyskania dodatkowego punktowania wystarczające jest jedynie zabezpieczenie programów pracujących na PC, czy Zamawiający oczekuje również zabezpieczenia sprzętowego oprogramowania dla urządzeń przenośnych (palmtopów) ?”

Zamawiający udzielił odpowiedzi o następującej treści:

„Zamawiający oczekuje, że poziom zabezpieczenia 3 występować powinien dla komputerów PC i tam oczekujemy sprzętowego zabezpieczenia poziomu 2 i 3. Natomiast dla urządzeń przenośnych, o których mowa w pkt. 2.11 załącznika nr 1 SIWZ zamawiający nie przewiduje wykorzystywania ich do parametryzacji liczników w pełnym zakresie (administracyjnym) czyli wystarczające jest zabezpieczenie poziomu 1 i 2. Jeżeli urządzenia będą posiadały zabezpieczenie sprzętowe poziomu 2 będzie to dodatkowo punktowane”.

Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 7 o treści:

„Zgodnie z pkt. 2.2.5 zamawiający wymaga dostarczenia 100 licencji administracyjnych (poziom 3). W związku z dodatkowo punktowanym wymaganiem zabezpieczenia oprogramowania kluczami sprzętowymi dla poziomu 2 i 3 (administracyjnego i monterskiego) - proszę o podanie liczby wymaganych licencji (kluczy sprzętowych) dla poziomu 2 (monterskiego) oprogramowania.”

Zamawiający wskazał, że: *„oczekuje że dostarczone zostaną klucze sprzętowe odpowiednio dla każdego poziomu zabezpieczeń czyli 100 do zabezpieczenia poziomu 3, W urządzenia przenośne wyposażeni są monterzy, w związku z tym zamawiający oczekuje dostarczenia 500 kluczy do zabezpieczenia poziomu 2.”*

W związku z powyższym, zamawiający dokonał zmiany wymagań technicznych podanych w załączniku nr 1 do siwz , dodając pkt 2.11.1 o treści:

„w przypadku zaoferowania zabezpieczenia sprzętowego na urządzenia przenośne należy dostarczyć 500 kluczy zapewniających 1 i 2 poziom dostępu”.

Pismem z dnia 3 lutego 2010 znak: AF/38/RZU/2010 w odpowiedzi na pytanie nr 10 o treści.:

„W pkt XVIII Kryteria oceny ofert ppkt. 2.3 "za zabezpieczenie sprzętowe oprogramowania dla poziomów dostępu 2 i 3 przyznawane są punkty: istnienie zabezpieczenia - 5pkt., brak zabezpieczenia - 0 pkt oraz w świetle odpowiedzi na pytanie nr 6, iż Zamawiający oczekuje sprzętowego zabezpieczenia poziomu 2 i 3 na PC ,więc czy dobrze rozumiemy że 5 pkt otrzymuje się w przypadku zabezpieczenia sprzętowego poziomu 2 i 3 na PC.

Zatem jak należy rozumieć ostatnie zdanie odp. na pytanie 6 iż, "Jeżeli urządzenia (mowa o przenośnych) będą posiadały zabezpieczenie sprzętowe poziomu 2 będzie to dodatkowo punktowane"- w jaki sposób. W świetle powyższego proszę odpowiedzieć, za jakie zabezpieczenia i ile punktów będzie przyznawane?”

Zamawiający wskazał, że:

„oczekuje, że poziom zabezpieczenia 3 występować powinien dla komputerów PC i tam oczekujemy sprzętowego zabezpieczenia poziomu 2 i 3. Natomiast dla urządzeń przenośnych, o których mowa w pkt 2.11 załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający oczekuje zabezpieczenia poziomu 1 i 2. Jeżeli urządzenia przenośne będą posiadały zabezpieczenie sprzętowe poziomu 2, a komputery PC będą posiadały zabezpieczenie sprzętowe poziomu 2 i 3 to będzie to punktowane zgodnie z pkt. 2.3.1 zawartych w kryteriach ocen. Brak zabezpieczenia sprzętowego dla obu wyżej wymienionych przypadków lub jednego z nich będzie punktowane zgodnie z pkt 2.3.2 zawartych w kryteriach ocen.”

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania określone w art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, zatem skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Wobec stwierdzenia spełnienia przesłanek co do skuteczności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego konsorcjum Apator S.A. oraz FAP Pafal po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła również, że odwołujący jako podmiot, który w wyniku uwzględnienia odwołania może uzyskać przedmiotowe zamówienie publiczne legitymuje się interesem prawnym, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniającym go do wniesienia odwołania.

W oparciu o przywołane postanowienia siwz oraz udzielone w toku postępowania o zamówienie publiczne wyjaśnienia, Izba stwierdziła że zamawiający przewidział przyznanie 5 punktów w kryterium „zabezpieczenie sprzętowe oprogramowania dla poziomów dostępu 2 i 3” w sytuacji zabezpieczenia sprzętowego poziomu 2 dla urządzeń przenośnych i zabezpieczenia sprzętowego poziomu 2 i 3 dla komputerów PC. Zamawiający wskazał wprost w wyjaśnieniach z dnia 15 lutego 2010 roku AF/38/RZU/2010, że brak zabezpieczenia sprzętowego obu wyżej wymienionych przypadków lub jednego z nich będzie punktowane zgodnie z pkt 2.3.2 zawartych w kryteriach ocen. Jednocześnie zamawiający, dokonując modyfikacji siwz, wprowadził wymóg w pkt 2.11. 2 dostarczenia 500 kluczy sprzętowych zapewniających 1 i 2 poziom dostępu dla urządzeń przenośnych typu palmtop. W ten sposób zamawiający doprecyzował i postanowił, że punktowane w kryterium oceny ofert będzie zaoferowanie zabezpieczenia sprzętowego w postaci dostarczenia 500 kluczy sprzętowych.

Odwołujący zaproponował w ofercie 4 komplety kluczy HASP dla zastosowania na komputerach PC (1 klucz HASP dla poziomu 2 i jeden klucz HASP dla poziomu 3. Sposób zabezpieczenia urządzeń typu palmtop dla poziomów 2 i 3 zaproponowany przez odwołującego polega na tym, że osoba chcąca mieć dostęp do poziomów 2 i 3, musi

zwrócić się do producenta (odwołującego) o wydanie specjalnego kodu dostępu, za pomocą którego uzyska możliwość dostępu do danego rodzaju poziomów, a zatem zabezpieczenie polega na każdorazowym wydawaniu kodów dostępu. Dostarczenie kodu dostępu do urządzeń typu palmtop polega na tym, że zamawiającemu dostarczony zostanie specjalny algorytm (kod), na podstawie którego po wprowadzeniu do własnej bazy danych, może wydawać dowolną ilość „kluczy” umożliwiających dostęp urządzeń typu palmtop do oprogramowania liczników dla poziomu 2 i 3.

Tymczasem, zgodnie z definicją klucza sprzętowego zamieszoną w internetowej encyklopedii wikipedia, klucz sprzętowy to zabezpieczenie używane w zamkniętym oprogramowaniu – małe urządzenie podłączane zwykle do portu USB, którego obecność jest wymagana do uruchomienia danego programu. W świetle powyższych ustaleń, zaproponowany sposób zabezpieczenia urządzeń typu palmtop dla poziomu 2 i 3 nie jest zabezpieczeniem sprzętowym w postaci kluczy sprzętowych, a zatem odwołujący nie może uzyskać dodatkowych 5 punktów przewidzianych w kryterium oceny ofert.

Kwestionowanie dokonanych przez zamawiającego wyjaśnień i modyfikacji treści siwz oraz wskazywanie na niejasne i nieprecyzyjne postanowienia siwz, na tym etapie postępowania o zamówienie publiczne jest spóźnione. Odwołujący mógł skorzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego polegające na wprowadzeniu niekorzystnych dla niego modyfikacji siwz jak również mógł kwestionować niejasne, nieprecyzyjne postanowienia siwz w ustawowym terminie, przed terminem składania ofert. Brak działania ze strony odwołującego spowodował, że czynności zamawiającego polegające na udzieleniu odpowiedzi i wprowadzeniu zmian siwz stały się wiążące i obowiązują w takim samym zakresie wszystkich wykonawców, ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Izba oddaliła zgłoszoną przez odwołującego jako dowód w sprawie opinię biegłego rzeczoznawcy, stwierdzając że opinia ta jest niepełna, bowiem, jak słusznie wskazał zamawiający, pomija treść udzielonych w toku postępowania odpowiedzi, które mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Izba oddaliła wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodów z: zeznań świadków osób po stronie zamawiającego oraz przesłuchania w charakterze stron osób wskazanych ze strony wykonawcy, uznając że dowody te są zbędne dla wydania orzeczenia a osoby wskazane ze strony zamawiającego złożyły do protokołu rozprawy wystarczające wyjaśnienia jako pełnomocnicy strony.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że ocena ofert przeprowadzona przez zamawiającego i przyznana punktacja w zadaniu nr 2 była prawidłowa.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

