

Sygn. akt: KIO/UZP 1427/08

WYROK
z dnia 22 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~ 19.12.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **MALKOM D. Malińska i Wspólnicy Sp. J., 02-495 Warszawa, ul. Bodycha 18** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Obrony Narodowej Departament Zaopatrywania Sił Zbrojnych, 00-911 Warszawa, al. Niepodległości 218** protestu ~~protestów*~~ z dnia 20.11.2008 r.

przy udziale wykonawcy **Comp Safe Support S.A., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Unizeto Technologies S.A., Sygnity S.A., 70-468 Szczecin, ul. Królewskiej Korony Polskiej 21** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **MALKOM D. Malińska i Wspólnicy Sp. J., 02-495 Warszawa, ul. Bodycha 18**

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 uiszczanego przez **MALKOM D. Malińska i Wspólnicy Sp. J., 02-495 Warszawa, ul. Bodycha 18,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr. (słownie:.....) przez na rzecz stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu
- 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 10 936 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **MALKOM D. Malińska i Wspólnicy Sp. J., 02-495 Warszawa, ul. Bodycha 18.**

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

Zamawiający - Ministerstwo Obrony Narodowej Departament Zaopatrzenia Sił Zbrojnych, prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa sprzętu i oprogramowania do budowy infrastruktury klucza publicznego dla Sił Zbrojnych - (PKI).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7.11.2008 roku pod nr 2008/S 217 - 289123.

W dniu 20.11.2008 roku Wykonawca - Malkom D. Malińska i Wspólnicy Spółka Jawna, zwana dalej Odwołującym, złożył protest na czynność polegającą na ogłoszeniu przedmiotowego postępowania.

Odwołujący wskazał na następujące uchybienia:

1. brak wskazania w Ogłoszeniu o Zamówieniu (pkt.II.1.2.) świadczenia „usług” w opisie przedmiotu zamówienia, pomimo że wykonawca jest zobowiązany do ich świadczenia w ramach usług wdrożenia usługi certyfikacji PKI w dedykowanej sieci Zamawiającego wg pkt.II.1.5 Ogłoszenia – Zamawiający w ogłoszeniu w pkt II.1.2 określił jako rodzaj zamówienia „dostawy” i „kupno”, podczas gdy przedmiot zamówienia obejmuje także wdrożenie usługi certyfikacji PKI w dedykowanej sieci. Odwołujący wskazał w tym zakresie na naruszenie art. 48 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 47 ustawy.
2. brak wskazania w pkt.II.1.5 w Sekcji II Ogłoszenia pn. Przedmiot zamówienia -licencji lub autorskiego prawa majątkowego do oprogramowania, które wykonawca winien przenieść na Zamawiającego (sprzedaż lub udzielenie licencji) w wyniku wdrożenia usług certyfikacji PKI (Public Key Infrastructure) dla Sił Zbrojnych. Odwołujący wskazał w tym zakresie na naruszenie art. 29 ust. 1 i art. 7 ustawy, który obliguje Zamawiającego do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Brak określenia w ogłoszeniu sposobu korzystania z praw do oprogramowania, będącego przedmiotem zamówienia czy pól eksploatacji tego oprogramowania powoduje, że nie jest możliwe prawidłowe złożenie oferty. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14.11.2005 roku sygn. akt UZP/ ZO-3288/05.
3. ustalenie w pkt.III.2.3 w Sekcji III Ogłoszenia o Zamówieniu wymogów sprzecznych z przepisami ustawy i rozporządzenia Rady Ministrów z dn.19.05.2006r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich można żądać od Wykonawców oraz form w jakich dokumenty te mają być składane (Dz. U. 2006, nr 87, poz.605), w szczególności naruszających zasadę uczciwej konkurencji, czym Zamawiający naruszył art. 22 ust. 2 i § 1 ust. 2 pkt 2 cytowanego rozporządzenia. Odwołujący wskazał w szczególności na następujące naruszenia:
 - a. ustalenie niewspółmiernie wysokich w stosunku do wartości zamówienia wymagań dotyczących posiadanych przez wykonawcę doświadczenia (zdolności technicznej), pod względem wartości wymaganych przez Zamawiającego referencji. Postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w ocenie Odwołującego spełnia mniej niż 5 Wykonawców, czyli mniej niż minimalna

- liczba wymagana w ustawie. Ponadto rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów nie wskazuje na dokument potwierdzający fakt wykazania się realizacją zamówień o określonej wartości.
- b. ustalenie wymagań od Wykonawców referencji w zakresie wykraczającym poza zakres i przedmiot zamówienia, albowiem Zamawiający wymaga również wykazania "obsługiwanych" wdrożeń ["obsługują wcześniej wykonane"] usług certyfikacji PKI (Public Key Infrastructure), zaś obsługa systemu (np.: jego serwis) nie jest elementem przedmiotu zamówienia,
4. wyboru przyspieszonej procedury prowadzenia postępowania przy jednoczesnym, nieadekwatnym do terminu procedury określeniu, że zamówienie winno być zrealizowane w terminie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy. W ocenie Odwołującego projekt o takim zakresie można zrealizować w terminie od 3 do 5 miesięcy. Wybór procedury przyspieszonej w kontekście wyznaczonego terminu realizacji zamówienia budzi wątpliwości Odwołującego co do faktycznych przesłanek przyspieszenia procedury i ma na celu utrudnienie złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału.
5. żądania, aby wykonawca posiadał koncesję zgodnie z ustawą z dnia 22.6.2001 r. (Dz.U.01.67.679 z późn. zm.) o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym w zakresie określonym w załączniku Nr 2 do Rozporządzenia RM z dnia 3.12.2001 r. (Dz.U.01.145.1625 z późn. zm.) „Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym WT XI Wyroby i technologie związane z ochroną informacji niejawnych”, pomimo iż w/w załącznik wyłącza stosowanie ustawy, a więc posiadanie koncesji na wytwarzanie i obrót wymienione w ust. 1 WT XI systemy, urządzenia, sposoby wykorzystania specyficznych zespołów elektronicznych, moduły i układy scalone realizujące funkcje związane z ochroną informacji niejawnych oraz inne specjalne elementy do nich, a więc nie obejmuje sprzętu stosowanego do realizacji podpisu elektronicznego, który jest przedmiotem niniejszego postępowania.
6. brak zamieszczenia ogłoszenia o przedmiotowym postępowaniu w Biuletynie Zamówień Publicznych udostępnianym na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych, co w ocenie Odwołującego stanowi przesłankę unieważnienia postępowania jako obarczonego wadą.

Zamawiający pismem z dnia 1 grudnia 2008 roku protest odrzucił z uwagi na złożenie go przez podmiot nieuprawniony. Powołał się na treść art. 180 ust. 7 ustawy, uznając że protest

nie został podpisany w rozumieniu art. 78 § 1 kodeksu cywilnego. Wskazał, że na ostatniej stronie nie zamieszczono imienia i nazwiska osoby, która złożyła parafę. W ocenie Zamawiającego brak złożenia podpisu pod treścią protestu powoduje brak możliwości ustosunkowania się do jego treści.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego, Odwołujący w dniu 8.12.2008 roku (wpływ bezpośredni) wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty podniesione w proteście.

W odniesieniu do odrzucenia protestu wskazał, że z treści złożonego protestu wyraźnie wynika, że protestujący jest reprezentowany przez współnika Beatę Ś., która zgodnie z art. 39 § 1 kodeksu spółek handlowych jest osobą upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy a jej uprawnienie wynika z załączonego do protestu odpisu z KRS. Protest został opatrzony podpisem na końcu pod słowami „ Za protestującego” jak i na każdej innej karcie a osoba podpisująca została wskazana z imienia i nazwiska na wstępie protestu. Ponadto wskazał, że zgodnie z art. 11 ust. 1 ustawy o KRS prowadzi się zbiór wzorów podpisów osób upoważnionych do reprezentowania podmiotu wpisanego do rejestru i każdy ma prawo zapoznać się ze wzorami tych podpisów. Powołując się na wyrok NSA z dnia 10.11.2006 roku sygn. II FSK 1144/05 wskazał, że podpisem jest podpis w rozumieniu art. 78 k.c., który operuje pojęciem „własnoręcznego podpisu”, zatem podpis ten nie musi być czytelny. Niezasadne jest również stanowisko Zamawiającego, że brak załączenia aktualnego odpisu z KRS do protestu skutkuje pozostawieniem takiego pismo bez merytorycznego rozpoznania, bowiem rejestr jest jawny i Zamawiający może z łatwością sprawdzić, czy osoby podpisane pod protestem są uprawnione do reprezentowania wykonawcy.

W ocenie Odwołującego zarzuty zgłoszone w proteście powodują niemożność zawarcia ważnej umowy w świetle art. 146 ust. 1 pkt 6 i winny skutkować unieważnieniem postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności polegających na odrzuceniu protestu i zaniechania unieważnienia postępowania, w związku z tym, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz zasądzenie kosztów postępowania wg norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa Odwołującego wg przedłożonego na rozprawie zestawienia kosztów i wydatków.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania, w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu i instrukcji dla wykonawców oraz biorąc pod uwagę wyjaśnienia stron złożone w trakcie rozprawy skład orzekający Izby, ustalił i zważył co następuje:

Skład orzekający Izby, nie podzielił stanowiska Zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu protestu i podtrzymanego na posiedzeniu w dniu 19.12.2008 r., co do konieczności odrzucenia protestu a w konsekwencji także odwołania, z uwagi na okoliczność, że protest nie został podpisany, co Zamawiający zakwalifikował jako wniesienie protestu przez podmiot nieuprawniony. Na dokumencie zatytułowanym „protest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” widnieje na każdej stronie własnoręczny, nieczytelny podpis (parafa). Uzasadnione jest zatem domniemanie, że podpis został złożony przez osobę wymienioną na pierwszej stronie protestu, gdzie wskazano: „Protestujący – Malkom D. Malińska i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie (kod: 02-495), ul. Bodycha 18, reprezentowana przez wspólnika Beatę Ś., z adnotacją „której uprawnienie do reprezentowania protestującej wynika z załączonego do protestu odpisu z KRS Spółki”. Zamawiający miał wszelkie podstawy, aby uznać, że protest z dnia 20.11.2008 roku został opatrzony nieczytelnym podpisem wspólnika spółki jawnej, ujawnionego w KRS Wykonawcy tj. osoby wymienionej na pierwszej stronie protestu, działającej w imieniu Protestującego. Domniemanie o złożeniu parafy przez osobę wskazaną na pierwszej stronie protestu nie zostało przez Zamawiającego w żaden sposób obalone.

Nie zasługuje na uwzględnienie również argumentacja Zamawiającego, że dla zachowania formy pisemnej konieczny jest czytelny podpis osoby składającej go, twierdzenie to przeczy przepisom kodeksu cywilnego, które dla zachowania formy pisemnej wymagają złożenia własnoręcznego podpisu, nie wskazując że ma być to podpis czytelny. Złożenie czytelnego podpisu czy parafy opatrzonej pieczęcią z imieniem i nazwiskiem nie warunkuje zatem ważności dokonanej czynności prawnej czy złożonego oświadczenia woli, a jedynie ma na celu ułatwienie postępowania dowodowego i identyfikację osoby, która taki podpis złożyła. W rozpatrywanym stanie faktycznym możliwość weryfikacji i identyfikacji złożonej parafy istniała, zatem Zamawiający, odrzucając protest naruszył przepis art. 180 ust. 7 ustawy.

Ponieważ skład orzekający Izby, uznał, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, rozpatrzył merytorycznie zarzuty zgłoszone w proteście i w tym zakresie ustalił co następuje:

W treści ogłoszenia z dnia 7.11.2008 roku, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7.11.2008 roku pod nr 2008/S 217 - 289123, Zamawiający określił:

W sekcji II.1.2 ogłoszenia „rodzaj zamówienia oraz lokalizacja robót budowlanych, miejsce realizacji dostaw lub świadczenia usług” – dostawy, kupno.

W sekcji II.1.5 ogłoszenia „krótki opis zamówienia lub zakupów” – przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu i oprogramowania do budowy infrastruktury klucza publicznego (PKI) dla Sił Zbrojnych RP. W oparciu o dostarczony sprzęt i oprogramowanie Wykonawca zobowiązany będzie wdrożyć usługę certyfikacji PKI w dedykowanej sieci Zamawiającego. W ramach wdrożenia zobowiązany będzie utworzyć urzędy certyfikacyjne (CA), urzędy rejestracyjne (RA) oraz zbudować moduł bezpieczeństwa.

W sekcji II.3 ogłoszenia Zamawiający wskazał, że czas trwania zamówienia wynosi 12 miesięcy od udzielenia zamówienia.

W sekcji III. 2.1 ogłoszenia w pkt 8 w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wymagał złożenia koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie obrotu wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym w zakresie określonym w WT XI „Wyroby i technologie związane z ochroną informacji niejawnych”, w załączniku Nr 2 „Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym WT- do Rozporządzenia RM z dnia 3.12.2001 r. (Dz.U.01.145.1625 z późn. zm.) zgodnie z ustawą z dnia 22.6.2001 (Dz.U. 01.67.679 z późn. zm) o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym.

W sekcji III. 2.3 ogłoszenia „Zdolność techniczna” w pkt 1 Zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: wykonali (lub obsługują wcześniej wykonane) w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, co najmniej jedno wdrożenie usług certyfikacji PKI (Public Key Infrastructure) o wartości przynajmniej 1 mln złotych. Wdrożenie polegało na dostawie niezbędnego sprzętu i oprogramowania, a następnie konfiguracji centrum certyfikacji, składającego się między innymi z: urzędów certyfikacji (CA), serwerów usług (OCSP, znakowanie czasem), modułu bezpieczeństwa. W celu przeprowadzenia oceny Wykonawca miał złożyć wykaz wykonanych wdrożeń w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia o wartości przynajmniej 1 000 000 zł, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumentami potwierdzającymi, że wdrożenia te zostały wykonane należycie.

Zamawiający w sekcji IV.1.1 ogłoszenia wskazał, że postępowanie jest prowadzone w trybie procedury ograniczonej przyspieszonej z uzasadnieniem, że szybkie i skuteczne pozyskanie przedmiotowej infrastruktury podyktowane jest pilnością realizacji zadań związanych z podniesieniem poziomu niezawodności i bezpieczeństwa działania sieci MIL-

WAN w kraju jak i PKW Afganistan, PKW Czad. Zapewnienie prawidłowego funkcjonowania sieci MIL WAN jest krytyczne z punktu widzenia bieżących zadań komórek organizacyjnych MON oraz potrzeb operacyjnych dowództw i jednostek wojskowych.

W trakcie rozprawy ustalono również, że w dniu 17.11.2008 roku tj. w dniu w którym upływał termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału, do Zamawiającego wpłynęły wnioski czterech Wykonawców, zainteresowanych udziałem w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący nie złożył wniosku o dopuszczenie do udziału.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny, skład orzekający Izby zważył:

Odwołujący jako podmiot zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu i zgłaszający zarzuty dotyczące naruszenia przepisów ustawy przy wszczęciu procedury i sformułowaniu treści ogłoszenia, które, w jego ocenie, uniemożliwiły mu złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający go do złożenia odwołania. Interes prawny Odwołującego należy oceniać na moment wniesienia przez niego protestu na działania lub zaniechania Zamawiającego. Odmienne interpretacja i uznanie, że Odwołujący który kwestionuje działania Zamawiającego, utrudniające lub uniemożliwiające mu udział w postępowaniu, na skutek niezłożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, utracił interes prawny w uzyskaniu zamówienia, prowadziłaby do odebrania Odwołującemu prawa do skorzystania z odwołania jako środka ochrony prawnej, którego celem jest ocena poprawności działań lub zaniechań Zamawiającego.

Należy zatem uznać, że okoliczność niezależna od Odwołującego polegająca na upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału, nie może wpływać negatywnie na ocenę jego prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia publicznego, zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy dla dostaw i usług. Postępowanie prowadzone jest w trybie procedury ograniczonej, zaś Zamawiający korzystając z przesłanki art. 49 ust. 3 pkt 1 ustawy wyznaczył termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału na dziesiąty dzień, liczony do dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną.

Skład orzekający uznał, iż przesłanki przywołane przez Zamawiającego dotyczące potrzeby pilnego udzielenia przedmiotowego zamówienia stanowią wystarczające uzasadnienie dla skrócenia terminów w ogłoszonym przez niego przetargu ograniczonym i zastosowania przywołanego wyżej przepisu art. 49 ust. 3 pkt 1 ustawy. Zamawiający, zgodnie

z uzasadnieniem podanym w treści protokołu ZP-1, potwierdził w trakcie rozprawy, że zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, związana z „podniesieniem poziomu niezawodności i bezpieczeństwa działania sieci MIL- WAN w kraju jak i PKW Afganistan, PKW Czad. Zapewnienie prawidłowego funkcjonowania sieci MIL WAN jest krytyczne z punktu widzenia bieżących zadań komórek organizacyjnych MON oraz potrzeb operacyjnych dowództw i jednostek wojskowych”.

Nie można podzielić także zarzutu Odwołującego co do nieadekwatności terminu wyznaczonego na składanie ofert w stosunku do 12- miesięcznego okresu wyznaczonego na realizację zamówienia. Termin składania wniosków i termin realizacji zamówienia to dwa różne terminy, nie mające zasadniczo ze sobą związku, a zatem zarzut dotyczący ich wzajemnej nieadekwatności nie zasługuje na uznanie.

Jak wykazano powyżej Zamawiający miał uzasadnione podstawy aby skorzystać z możliwości skrócenia terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału, natomiast przez wyznaczenie terminu realizacji zamówienia na okres dłuższy niż deklarowany przez Odwołującego, zapewnił dostęp do przedmiotowego zamówienia szerszemu kręgowi podmiotów i realizację zamówienia w należyty sposób. Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego złożonych do protokołu z rozprawy i popartych treścią przygotowanej SIWZ, realizacja zamówienia została podzielona na etapy, z których pierwszy obejmujący wdrożenie podstawowej funkcjonalności winien być zakończony już po upływie 3 tygodni od udzielenia zamówienia, natomiast całość zamówienia, wraz z przeszkoleniem pracowników i sporządzeniem dokumentacji powykonawczej ma być zrealizowana do końca grudnia 2009 roku. W treści ogłoszenia Zamawiający wskazał jedynie na ostateczny termin realizacji zamówienia, co jest zgodne z przepisami ustawy, natomiast terminy realizacji poszczególnych etapów zamówienia, Zamawiający zamieścił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która zgodnie z procedurą przetargu ograniczonego zostanie przekazana wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku wskazania w Ogłoszeniu o Zamówieniu (pkt.II.1.2.) świadczenia „usług” w opisie przedmiotu zamówienia, pomimo że wykonawca jest zobowiązany do ich świadczenia w ramach usług wdrożenia usługi certyfikacji PKI w dedykowanej sieci Zamawiającego, co wynika z pkt.II.1.5 Ogłoszenia, skład orzekający zwraca uwagę na fakt, że w kwestionowanym pkt II.1.2 Ogłoszenia o zamówieniu wskazuje się rodzaj prowadzonego zamówienia publicznego, które należy określić w przypadku zamówień tzw. mieszanych czyli obejmujących zarówno dostawy i usługi, biorąc pod uwagę treść art. 6 ust. 1 ustawy, który stanowi, że jeśli zamówienie obejmuje zarówno dostawy jak i usługi to do udzielenia tego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu

zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy. Jak wyjaśnił Zamawiający w rozpatrywanym zamówieniu przeważającą wartość stanowią dostawy, zatem w ogłoszeniu w pkt II.1.2 wskazał jako rodzaj zamówienia jednolicie - „dostawy” i „kupno”. Zatem zarzut naruszenia art. 48 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 47 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do braku wskazania w treści ogłoszenia sposobu korzystania z autorskich praw majątkowych do oprogramowania, skład orzekający Izby zważył, że celem pierwszego etapu trybu przetargu ograniczonego jest kwalifikacja wykonawców, spełniających warunki podmiotowe udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego. Na tym etapie istotne jest zatem sformułowanie i opis warunków udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich znaczenia oraz sposobem dokonywania oceny spełniania tych warunków, zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy. W treści ogłoszenia wszczynającego procedurę przetargu ograniczonego Zamawiający jest zobligowany również do „określenia przedmiotu zamówienia” (art. 48 ust. 2 pkt 3 ustawy). Pojęcie to należy jednak odróżnić od „opisu przedmiotu zamówienia”, o którym mowa w art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy, który to opis Zamawiający określa precyzyjnie i zgodnie z art. 29 w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przekazywanej wykonawcom w trybie przetargu ograniczonego po zakończeniu pierwszego etapu wraz z zaproszeniem do składania ofert. W ocenie składu orzekającego Izby, pojęcie „opis przedmiotu zamówienia” jest pojęciem znacznie szerszym od pojęcia „określenie przedmiotu zamówienia” i nie sposób w treści ogłoszenia o wszczęciu postępowania zamieścić wszystkich szczegółowych informacji odnoszących się do przedmiotu zamówienia i jego realizacji. Należy zgodzić się z Odwołującym, że określenie sposobu korzystania z autorskich praw majątkowych do oprogramowania, podobnie jak innych elementów przedmiotu zamówienia, nie wskazanych w treści ogłoszenia wywiera istotne znaczenie dla właściwego przygotowania oferty, ale ze względu na rodzaj prowadzonego trybu postępowania informacje te są przekazywane wykonawcom po ich zakwalifikowaniu do udziału w postępowaniu.

W zakresie określenia warunku udziału w postępowaniu w postaci wymaganego doświadczenia zawodowego (sekcja III. 2.3 pkt 1 ogłoszenia), skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający miał pełne prawo, aby wymagać od potencjalnych wykonawców wykazania się realizacjami określonymi na konkretną wartość, wynoszącą w tym przypadku co najmniej 1.000.000 zł. Zamawiający w oparciu o przepisy art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2006, nr 87, poz.605 ze zm.), ma prawo sprecyzować

co rozumie pod pojęciem „dostaw lub usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom i usługom, stanowiącym przedmiot zamówienia” i wymagać wykazania się przez potencjalnych wykonawców zamówieniami o konkretnie określonych wartościach czy ilościach i charakterze zbliżonym do objętego przedmiotem zamówienia. Zgodnie z przywołanym wyżej rozporządzeniem w sprawie rodzaju dokumentów potwierdzeniem faktu wykazania się realizacją zamówień o konkretnej wartości jest oświadczenie samego wykonawcy, złożone na wykazie wykonanych zamówień.

Skład orzekający Izby, uznał również, że postawiony przez Zamawiającego wymóg wykazania się wdrożeniami usług certyfikacji PKI (Public Key Infrastructure) lub obsługą wdrożeń wcześniej wykonanych o wartości minimum 1.000.000 zł, jest adekwatny do wartości przedmiotu zamówienia, która zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, złożonymi do protokołu rozprawy wynosi 3 000 000 zł. Wartość realizacji zamówień nie jest zatem wygórowana, bowiem wynosi ona zaledwie 1/3 wartości zamówienia, zatem należy uznać, że określenie warunku udziału w postępowaniu odpowiada wartości, skali i stopniu złożoności zamówienia, będącego przedmiotem postępowania i nie narusza zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający ma prawo kształtować warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby dokonać wyboru wykonawcy posiadającego odpowiednie doświadczenie, zapewniającego należyłą realizację zamówienia, pamiętając jednocześnie o konieczności zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający, dopuszczając do udziału wykonawców, którzy nie tylko wykazali się wykonaniem wdrożeń usług certyfikacji PKI (Public Key Infrastructure) ale także tych, którzy wyłącznie obsługują wdrożenia wcześniej wykonane, rozszerzył krąg potencjalnych wykonawców, co w efekcie doprowadziło do poszerzenia konkurencji.

Zatem zarzut Odwołującego, że przez określenie warunku udziału w postępowaniu i dopuszczenie do udziału w nim także podmiotów, którzy wyłącznie obsługują wykonane już wdrożenia, Zamawiający wykroczył poza zakres przedmiotu zamówienia, nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał ponadto, że takie sformułowanie warunku udziału w postępowaniu, które w istocie rozszerza krąg potencjalnych wykonawców naruszyło jego uzasadniony interes i uniemożliwiło mu udział w przedmiotowym postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego posiadania koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie obrotu wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, określonej w sekcji III. 2.1 pkt 8 Ogłoszenia, skład orzekający Izby, wziął pod uwagę wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego do protokołu rozprawy, poparte treścią siwz z których wynika, że przedmiot zamówienia, obejmuje między innymi urządzenia przeznaczone albo przystosowane do eliminacji emisji ujawniającej i/lub spełniające wymagania odporności elektromagnetycznej, ujęte w załączniku nr 2 „Wykaz

wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym - WT” – „WT XI Wyroby i technologie związane z ochroną informacji niejawnych” do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz. U. Nr 145, poz. 1625 i z 2003r. Nr 219, poz. 2152). W ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający mając wiedzę, że przedmiot zamówienia, objęty niniejszym postępowaniem obejmuje także urządzenia, na których obrót lub wytwarzanie konieczne jest posiadanie koncesji, miał uzasadnione podstawy, aby żądać przedstawienia przez Wykonawców stosownych koncesji. Odwołujący nie przedstawił na tę okoliczność dowodu przeciwnego, w szczególności nie zakwestionował, że na sprzęt wskazany przez Zamawiającego taka koncesja nie jest wymagana.

Zatem zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy i art. 7 oraz art. 22 ust. 2 ustawy i § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, nie zasługuje na uwzględnienie.

W związku z wycofaniem w trakcie rozprawy zarzutu dotyczącego braku zamieszczenia ogłoszenia o przedmiotowym postępowaniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania.

Wobec nie stwierdzenia naruszeń przepisów ustawy, które mogłyby mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne Izba oddaliła odwołanie w oparciu o art. 191 ust. 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie 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 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*