

**WYROK**

**z dnia 11 marca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WASKO S.A. ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice oraz NETLINE Group Sp. z o.o. ul. Wyścigowa 56F, 53-012 Wrocław**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

**Ministerstwo Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa**

protestu z dnia 22 stycznia 2010 r.

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności zaproszenia do składania ofert oraz dokonanie ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu**

**z uwzględnieniem w stosunku do Odwołującego zamówienia na „dostawę wraz z instalacją urządzeń systemu telewizji dozorowej, elementów aktywnych sieci LAN oraz oprogramowania do zarządzania systemami bezpieczeństwa na Drogowym Przejściu Granicznym w Krościenku”,**

**2. kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa 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 **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WASKO S.A. ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice oraz NETLINE Group Sp. z o.o. ul. Wyścigowa 56F, 53-012 Wrocław,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Ministerstwo Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WASKO S.A. ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice oraz NETLINE Group Sp. z o.o. ul. Wyścigowa 56F, 53-012 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) 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 **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WASKO S.A. ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice oraz NETLINE Group Sp. z o.o. ul. Wyścigowa 56F, 53-012 Wrocław.**

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

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie Systemu Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych EMCS PL na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w trybie przetargu ograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 6 czerwca 2009 r. pod numerem 2009/S 107-155460, wartość zamówienia jest więc większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ogłoszeniu tym, w punkcie IV.1.2), Zamawiający wskazał, iż do składania ofert zaprosi 5 wykonawców. Jednocześnie Zamawiający podał, iż, jeżeli po dokonaniu oceny spełnienia warunków określonych w punkcie III.2.3) „Zdolność techniczna” liczba wykonawców spełniających warunki będzie większa niż 5, Zamawiający dokona oceny spełnienia przez wyłonionych wykonawców m.in. następujących warunków dodatkowych: wykonawcy, którzy wykonali w okresie trzech ostatnich lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania: a. minimum jednej usługi polegającej na budowie lub rozbudowie i wdrożeniu oraz uruchomieniu systemu informatycznego charakteryzującego się wymianą komunikatów z siecią CCN/CSI – 20 punktów bazowych, b. minimum jednej usługi polegającej na budowie lub rozbudowie i wdrożeniu oraz uruchomieniu systemu informatycznego dla Służby Celnej – 20 punktów bazowych. Pozostała dodatkowa punktacja wskazana w ogłoszeniu odnosiła się do kwalifikacji członków zespołu projektowego i jej wysokość nie jest sporna między Stronami.

W postępowaniu złożono 9 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W swoim wniosku Odwołujący wykazał jedną usługę dodatkową odnoszącą się do „budowy lub rozbudowy i wdrożenia oraz uruchomienia systemu informatycznego dla Służby Celnej”, w ramach której WASKO S.A., na

podstawie umowy podpisanej z Podkarpackim Urzędem Wojewódzkim z siedzibą w Rzeszowie na dostawę wraz z instalacją urządzeń systemu telewizji dozorowej, elementów aktywnych sieci LAN oraz oprogramowania do zarządzania systemami bezpieczeństwa na Drogowym Przejściu Granicznym w Krościenku, wykonała m.in. dostawę i instalację sprzętu komputerowego oraz sieciowego, dostawę, instalację i integrację oprogramowania, rozbudowę, wdrożenie oraz uruchomienie zintegrowanego informatycznego systemu bezpieczeństwa dla obiektów granicznych administracji celnej dla Polskiej Administracji Celnej.

23 listopada 2009 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację zawierającą zbiorczą ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu, z której wynikało, iż z postępowania wykluczył czterech wykonawców, a pięciu, w tym Odwołującego, zakwalifikował do dalszego etapu postępowania.

Jeden z wykluczonych wykonawców złożył protest, a następnie odwołanie na czynność swojego wykluczenia, po uwzględnieniu którego przez Izbę, Zamawiający dokonał powtórnej czynności oceny wniosków, w wyniku której Odwołujący otrzymał 37 punktów i zajął miejsce szóste, a więc nie uprawniające do otrzymania zaproszenia do złożenia oferty. Informacja ta zawierała jedynie końcową ilość punktów i uzyskane miejsce. Informację tę Odwołujący otrzymał 14 stycznia 2010 r.

Na tę czynność 22 stycznia 2010 r. Odwołujący wniósł protest, który Zamawiający oddalił 29 stycznia 2010 r. W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający wyszczególnił otrzymaną przez Odwołującego w poszczególnych kryteriach oceny liczbę punktów wraz z jej uzasadnieniem, wyjaśniając m.in., że nie uznał spełnienia warunku dodatkowego minimum jednej usługi polegającej na budowie lub rozbudowie i wdrożeniu oraz uruchomienia systemu informatycznego dla Służby Celnej, ponieważ usługa wskazana we wniosku nie spełnia jego wymagań, gdyż była realizowana przez Podkarpacki Urząd Wojewódzki w Rzeszowie, który jako Zamawiający nie realizuje zadań w zakresie budowy lub rozbudowy i wdrożenia oraz uruchomieniu systemu informatycznego dla Służby Celnej.

Od tego rozstrzygnięcia 8 lutego 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 1, 1a i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wadliwej czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego oraz wadliwej czynności zaniżenia oceny spełniania warunków przez Odwołującego, a także „innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia odwołania”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenia czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz czynności przyznania ocen spełniania tych warunków,
2. przyznania Odwołującemu takiej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, która będzie gwarantować Odwołującemu zaproszenie do składania ofert,
3. dokonanie czynności ponownego poinformowania wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków.

Zdaniem Odwołującego ze względu na zaniżenie przez Zamawiającego przyznanej mu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie został zaproszony do składania ofert i stosownie do art. 51 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych będzie traktowany jak wykluczony z postępowania, nie będzie mógł więc skutecznie złożyć oferty, zatem utracił on możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z przekazaną przez Zamawiającego informacją Odwołujący w ramach oceny spełniania warunków otrzymał jedynie 37 punktów. Jednocześnie Zamawiający nie przekazał wykonawcom jakiegokolwiek uzasadnienia tej oceny. Zgodnie z punktem IV.1.2. ogłoszenia o zamówieniu „Jeżeli po dokonaniu oceny spełnienia warunków określonych w punkcie III.2.3) „Zdolność techniczna” liczba wykonawców spełniających warunki będzie większa niż 5, Zamawiający dokona oceny spełnienia przez wyłonionych wykonawców m.in. następujących warunków dodatkowych: wykonawcy, którzy wykonali w okresie trzech ostatnich lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania:

1. minimum jednej usługi polegającej na budowie lub rozbudowie i wdrożeniu oraz uruchomieniu systemu informatycznego charakteryzującego się wymianą komunikatów z siecią CCN/CSI – 20 punktów bazowych, 2. minimum jednej usługi polegającej na budowie lub rozbudowie i wdrożeniu oraz uruchomieniu systemu informatycznego dla Służby Celnej – 20 punktów bazowych.

Odwołujący, w swojej ocenie, spełnia warunek dodatkowy dotyczący jednej usługi polegającej na budowie lub rozbudowie i wdrożeniu oraz uruchomieniu systemu informatycznego dla Służby Celnej, co zostało wykazane we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zatem powinien otrzymać za nią 20 punktów, a więc końcową oceną powinno być 57 punktów. Nieprzyznanie tych punktów stanowi naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i postanowień ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący nie zgodził się ze stwierdzeniem z rozstrzygnięcia protestu, iż Zamawiający nie uznał spełnienia warunku dodatkowego wykonania usługi polegającej na budowie lub rozbudowie i wdrożeniu oraz uruchomieniu systemu informatycznego dla Służby Celnej, ponieważ usługa wskazana we wniosku nie spełnia wymagania, jako że była realizowana przez Podkarpacki Urząd Wojewódzki w Rzeszowie, który jako Zamawiający nie realizuje zadań w zakresie budowy lub rozbudowy i wdrożenia oraz uruchomieniu systemu informatycznego dla Służby Celnej. Jego zdaniem, co wynika z zawartego we wniosku „Wykazu wykonanych usług dodatkowych”, w ramach umowy na dostawę wraz z instalacją urządzeń systemu telewizji dozorowej, elementów aktywnych sieci LAN oraz oprogramowania do zarządzania systemami bezpieczeństwa na Drogowym Przejściu Granicznym w Krościenku, zawartej z Podkarpackim Urzędem Wojewódzkim w Rzeszowie, WASKO S.A. wykonała m.in. usługę polegającą na rozbudowie, wdrożeniu oraz uruchomieniu zintegrowanego informatycznego systemu bezpieczeństwa dla obiektów granicznych administracji celnej dla Polskiej Administracji Celnej. Potwierdzenie tej informacji znajduje się w liście referencyjnym wystawionym przez Podkarpacki Urząd Wojewódzki w Rzeszowie, załączonym do wykazu.

Odwołujący wyjaśnił też, że określenie „Polska Administracja Celna” jednoznacznie wskazuje na Służbę Celną (jak wynika m.in. z informacji publikowanych na stronie internetowej Zamawiającego). Na Drogowym Przejściu Granicznym w Krościenku funkcjonuje Oddział Celny w Krościenku, będący zewnętrzną komórką organizacyjną Urzędu Celnego w Krośnie, a obie te jednostki, zgodnie z art. 22 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o Służbie Celnej są jednostkami organizacyjnymi Służby Celnej (jako urzędy celne wraz z podległymi oddziałami celnymi). Przedmiotowa usługa została wykonana na potrzeby Oddziału Celnego w Krościenku, a zatem – potrzeby Służby Celnej. Natomiast okoliczność, że umowa ta została zawarta z Podkarpackim Urzędem Wojewódzkim w Rzeszowie nie oznacza, iż nie mogła dotyczyć systemu informatycznego dla Służby Celnej. Poza tym, zgodnie z art. 17 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej, wojewoda jest zobowiązany do stałego utrzymywania drogowych, kolejowych, lotniczych, morskich i rzecznych przejść granicznych, przejść granicznych przeznaczonych wyłącznie dla małego ruchu granicznego, przejść turystycznych, przejść granicznych na szlakach turystycznych przecinających granicę państwową, miejsc przekraczania granicy na szlakach turystycznych oraz punktów nocnego postoju na rzekach granicznych znajdujących się na obszarze województwa w stanie umożliwiającym przeprowadzenie sprawnej i skutecznej kontroli bezpieczeństwa, granicznej, celnej, sanitarnej, weterynaryjnej, fitosanitarnej, chemicznej i radiometrycznej oraz jakości handlowej artykułów rolno – – spożywczych. Potwierdza to też § 3 wydanego na jej podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 grudnia 2005 r. w sprawie obowiązków wojewody w zakresie finansowania i utrzymywania przejść granicznych, przejść turystycznych, miejsc przekraczania granicy na szlakach turystycznych oraz punktów nocnego postoju na rzekach granicznych, ich wyposażenia w sprzęt, a także organów właściwych do osadzania i utrzymywania znaków granicznych na morskich wodach wewnętrznych. Umowa zawarta przez Podkarpacki Urząd Wojewódzki w Rzeszowie z WASKO S.A. stanowiła wypełnienie właśnie ww. obowiązków Wojewody Podkarpackiego. Rozbudowany, wdrożony oraz uruchomiony przez

WASKO S.A. zintegrowany informatyczny system bezpieczeństwa dla obiektów granicznych administracji celnej dla Polskiej Administracji Celnej jest systemem informatycznym stworzonym na potrzeby Służby Celnej i służącym Służbie Celnej, a nie Podkarpackiemu Urzędowi Wojewódzkiemu w Rzeszowie czy Wojewodzie Podkarpackiemu. Także system będący przedmiotem niniejszego zamówienia będzie budowany na bazie systemu Kontroli Przemieszczania Wyrobów Akcyzowych Bachus, który został stworzony nie na podstawie umowy zawartej z Ministerstwem Finansów czy ze Służbą Celną, ale z Fundacją „Fundusz Współpracy” Jednostką Finansującą – Kontraktującą, a Służba Celną była beneficjentem.

Tym samym usługa wykonana przez WASKO S.A. spełnia wymagania określone przez Zamawiającego i Odwołujący winien za nią otrzymać 20 punktów.

Jednocześnie, co potwierdził podczas rozprawy, Odwołujący zgodził się z wysokością punktacji przyznanej w kryterium odnoszącym się do kwalifikacji zespołu projektowego.

Zamawiający swoje stanowisko dotyczące rozumienia spornego warunku przedstawił w piśmie z 9 marca 2010 r.

Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego termin składania ofert został wyznaczony na 19 marca 2010 r.

W oparciu o powyższy stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu, jego rozstrzygnięcia, odwołania, a także na podstawie oświadczeń Stron i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem sporu pomiędzy Stronami jest kwalifikacja wskazanej przez Odwołującego we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu usługi wykonanej w ramach umowy z Podkarpackim Urzędem Wojewódzkim na „dostawę wraz z instalacją urządzeń systemu telewizji dozorowej, elementów



aktywnych sieci LAN oraz oprogramowania do zarządzania systemami bezpieczeństwa na Drogowym Przejściu Granicznym w Krościenku” w skład której wchodziła dostawa i instalacja sprzętu komputerowego oraz sieciowego, dostawa, instalacja i integracja oprogramowania, rozbudowa, wdrożenie oraz uruchomienie zintegrowanego informatycznego systemu bezpieczeństwa dla obiektów granicznych administracji celnej dla Polskiej Administracji Celnej. Zakwalifikowanie tej usługi jako podlegającej punktacji spowoduje zmianę rankingu wykonawców, w tym zmianę pozycji Odwołującego z 6. na 3., uprawniającą do otrzymania zaproszenia do składania ofert, a zatem może mieć wpływ na wynik postępowania.

Jak wynika z zacytowanej powyżej treści punktu IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu wymogiem Zamawiającego było wykazanie się budową lub rozbudową i wdrożeniem oraz uruchomieniem systemu informatycznego dla Służby Celnej. Tak więc ten warunek dodatkowy – w części spornej – odnosi się do „systemu informatycznego” i „dla Służby Celnej”.

Nie budzi wątpliwości również fakt, iż Zamawiający musi dokonać oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, również w zakresie warunków dodatkowych – punktowanych, zgodnie z deklaracją zawartą w ogłoszeniu o zamówieniu, a przy dokonywaniu tej oceny istotna jest treść zawarta w tym ogłoszeniu, wskazana wykonawcom, a nie ewentualny, nie określony w tym ogłoszeniu zamiar Zamawiającego. Jest to jedna z podstawowych zasad procedury udzielania zamówień publicznych służąca zachowaniu przejrzystości postępowania, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wielokrotnie podkreślana i wyjaśniana w orzecznictwie, nie tylko krajowym, ale również Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz w piśmiennictwie, zatem uzasadnianie konieczności jej stosowania w niniejszym wyroku jest zbędne.

Izba co do zasady zgadza się z Zamawiającym, iż mógł on postawić warunek odnoszący się do przedmiotu zamówienia, jego funkcjonalności, stopnia skomplikowania, zakresu wymaganych wiadomości czy umiejętności specjalnych. Jednak jednocześnie stwierdza, iż z treści tego warunku wynika

jednoznacznie, iż Zamawiający takiego bezpośredniego odniesienia nie uczynił. Dokonana przez Zamawiającego w piśmie z 9 marca 2010 r. i podczas rozprawy wykładania rozumienia tego warunku wskazująca m.in., iż system ten miał służyć Służbie Celnej do realizacji jej zadań statutowych, iż nie mógł dotyczyć utrzymania lub zapewnienia bezpieczeństwa obiektów granicznych, lecz musiał obejmować wątki biznesowe realizowane przez cło w zakresie przemieszczania wyrobów akcyzowych, w sposób oczywisty rozszerza jego wymagania w stosunku do przedstawionych w warunku, który wskazywał jedynie na „system informatyczny” – jakikolwiek.

Pojęcie „system informatyczny” jest pojęciem szerokim i generalnie określanym jako zbiór powiązanych ze sobą elementów, którego funkcją jest przetwarzanie danych przy użyciu techniki komputerowej, obejmujący (niektóre lub wszystkie) elementy: sprzęt – komputery, inne urządzenia służące do przechowywania bądź przetwarzania danych, komunikacji między sprzętowymi elementami systemu lub między tymi elementami a ludźmi, do odbierania danych ze świata zewnętrznego np. czujniki elektroniczne, kamery, skanery, do wywierania wpływu przez systemy informatyczne na świat zewnętrzny – elementy wykonawcze (na przykład silniki sterowane komputerowo, roboty przemysłowe, sterowniki urządzeń mechanicznych), oprogramowanie, procedury korzystania z tego systemu informatycznego, bazy wiedzy.

Zatem nie budzi wątpliwości, iż Odwołujący wykonał na zlecenie Podkarpackiego Urzędu Wojewódzkiego zamówienie odnoszące się do systemu informatycznego.

Ponieważ Zamawiający przyznał podczas rozprawy, iż nie kwestionuje faktu, że Oddział Celny w Krościenku jest częścią Służby Celnej, Izba uznaje, że fakt ten nie jest sporny między Stronami.

Z treści listu referencyjnego Podkarpackiego Urzędu Wojewódzkiego wynika, iż system wykonano „dla obiektów granicznych administracji celnej dla Polskiej Administracji Celnej”, a zatem Izba uznaje, iż wykonano go dla Służby Celnej i warunek w tym zakresie został spełniony.

Natomiast sama kwestia, czy oprócz Oddziału Celnego jeszcze inna służba pełniąca swoje obowiązki na przejściu granicznym w Krościenku mogłaby stworzony system wykorzystywać (jakkolwiek są to tylko przypuszczenia Zamawiającego nie poparte żadnymi dowodami, podczas gdy z oświadczenia zawartego w ww. liście referencyjnym wynika, iż system wykonano „dla obiektów granicznych administracji celnej”) nie ma znaczenia, jeśli tylko korzysta z niego Służba Celna. Natomiast ten fakt Izba uznała za udowodniony, biorąc pod uwagę, oprócz oświadczenia Odwołującego zawartego w „Wykazie wykonanych usług dodatkowych” i oświadczenia w liście referencyjnym odnoszącym się do tej usługi, także treść opisu przedmiotu zamówienia w przedstawionej przez Odwołującego podczas rozprawy specyfikacji istotnych warunków zamówienia „na dostawę wraz z instalacją urządzeń systemu telewizji dozorowej, elementów aktywnych sieci LAN oraz oprogramowania do zarządzania systemami bezpieczeństwa na Drogowym Przejściu Granicznym w Krościenku” (zał. nr 3 ), z którego wynika zakres tego zamówienia, w tym konieczność zintegrowania przedmiotowych systemów w centralnym serwerem w Izbie Celnej w Przemyślu.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 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 z późn. zm.).

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 – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....