

Sygn. akt: KIO 2301/11

WYROK

z dnia 8 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**
Anna Packo
Ewa Rzońca

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2011 r. przez wykonawcę **Polską Wytwórnę Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie**

przy udziale wykonawców: **Gildia Sp. z o.o. w Lublinie** oraz **Sygnity S.A. w Warszawie** zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Polską Wytwórnę Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez **Polską Wytwórnę Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

I. Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na „Dostawę niespersonalizowanych blankietów dowodów osobistych wyposażonych w mikroprocesor wraz z oprogramowaniem middleware zapewniającym komunikację z mikroprocesorem i wykonanie projektu technicznego dowodu osobistego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 9 listopada 2010 r., a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 24 października 2011 r. Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez naruszenie zasady przeprowadzania przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także nakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wobec zapisów w nowym Załączniku nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia - OPZ) oraz nowym Załączniku nr 4 (Istotne Postanowienia Umowy - IPU) przedłożonych Wykonawcom pismem z dnia 14 października 2011r. zmieniającym SIWZ, w szczególności przez:

- 1) niesprecyzowanie w opisie przedmiotu zamówienia listy laboratoriów certyfikacyjnych właściwych do przeprowadzenia procesu certyfikacyjnego dla rozwiązania pl.ID. (tzw. certyfikacji Common Criteria) akceptowanych przez Zamawiającego, jako zgodnych z treścią wymagań SIWZ,
- 2) podanie przez Zamawiającego, w harmonogramie prac ust. 6.9 nowego Załącznika nr 1 do SIWZ, warunków i terminów uzyskania certyfikacji, które ze względów logistycznych

i wymogów formalnych mogą być niemożliwe do spełnienia przez poszczególnych wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym w szczególności przez Odwołującego,

2. naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych w wyniku zawarcia w nowym Załączniku nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) oraz nowym Załączniku nr 4 (Istotne Postanowienia Umowy) przedłożonych Wykonawcom pismem z dnia 14 października 2011r., zmieniającym SIWZ, nieprecyzyjnych i obiektywnie niemożliwych do zrealizowania wymogów, a w konsekwencji ukształtowanie SIWZ w wyniku wprowadzonych zmian, w sposób dotknięty wadami, które uniemożliwiają prawidłowe sporządzenie oferty, w szczególności przez:

1) niesprecyzowanie w opisie przedmiotu zamówienia listy laboratoriów certyfikacyjnych właściwych do przeprowadzenia procesu certyfikacyjnego dla rozwiązania pl.ID. (tzw. certyfikacji Common Criteria) akceptowanych przez Zamawiającego, jako zgodnych z treścią wymagań SIWZ,

2) podanie przez Zamawiającego, w harmonogramie prac ust.6.9 nowego Załącznika nr 1 do SIWZ, nierealnych terminów uzyskania certyfikacji dla rozwiązania pl.ID, nie uwzględniających obiektywnych warunków formalnych i logistycznych koniecznych do skutecznego przeprowadzenia procesu certyfikacji,

3) niesprecyzowanie w opisie przedmiotu zamówienia ust. 6.1.1.6 nowego Załącznika nr I do SIWZ, wymaganej pojemności chipów oraz wynikającej stąd przestrzeni wymaganej dla dodatkowych apletów wraz z apletami KUZ, określonych w przedmiocie zamówienia

4) wprowadzenie do istotnych postanowień umowy w par. 11 ust. 18, w związku z par. 11 ust. 17 - warunków udzielenia licencji na oprogramowanie standardowe obiektywnie niemożliwych do spełnienia przez któregokolwiek z wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne,

3. naruszenie przepisu art. 60e. ust. 1 Prawa zamówień publicznych, przez wykonanie sprzecznej z Ustawą czynności zakończenia dialogu konkurencyjnego oraz sprzecznej z Ustawą czynności, polegającej na przekazaniu uczestniczącym w postępowaniu Wykonawcom informacji o zakończeniu dialogu wraz z zaproszeniem do składania ofert i specyfikacją istotnych warunków zamówienia, pomimo braku przesłanek do zakończenia dialogu - wobec złożenia przez wykonawców ogromnej ilości pytań (207) do otrzymanej od Zamawiającego SIWZ i w konsekwencji konieczności wprowadzeniem przez Zamawiającego istotnych zmian treści SIWZ, czego nie przewiduje regulacja Ustawy.

4. naruszenie przepisu art. 60e ust. 4 Prawa zamówień publicznych, poprzez wyznaczenie w dniu 14 października 2011 r. terminu składania ofert na dzień 31 października 2011 r., tj. z naruszeniem nakazu uwzględnienia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści nowego Załącznika nr 1 do SIWZ, poprzez wskazanie listy w pełni niezależnych laboratoriów akredytowanych do certyfikacji Common Criteria, których certyfikacja będzie uznawana przez Zamawiającego jako zgodna z treścią wymagań SIWZ,
2. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści nowego Załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie wymaganych terminów pozyskania certyfikacji dla rozwiązania PL.ID poprzez wydłużenie tego terminu do 18 miesięcy od dnia zatwierdzenia przez Zamawiającego projektu technicznego dowodu osobistego,
3. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści nowego Załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie wymaganej pojemności chipów oraz wynikającej stąd przestrzeni wymaganej dla dodatkowych apletów wraz z apletami KUZ, określonych w przedmiocie zamówienia
4. nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmiany do treści SIWZ w zakresie, o którym mowa w uzasadnieniu odwołania lub nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści SIWZ w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami,
5. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści Załącznika nr 4 do SIWZ poprzez zmianę zapisu par. 11 ust.17 przez wprowadzenie obiektywnie możliwych do zrealizowania warunków wypowiedzenia Zamawiającemu przez Wykonawcę licencji na oprogramowanie standardowe,
6. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności - zakończenia dialogu i czynności - złożenia zaproszenia do składania ofert, ze względu na brak przesłanek do zakończenia dialogu zgodnie z dyspozycją art. 60e ust. 1 Prawa zamówień publicznych i dokonywanie istotnych zmian w treści SIWZ nie przewidzianych w tym trybie według regulacji Ustawy,
7. nakazanie Zamawiającemu przedłużenie terminu składania ofert co najmniej do dnia 30 listopada 2011 roku, tak aby wyznaczony nowy termin składania ofert uwzględniał czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty zgodnie z art. 60e ust. 4 Ustawy,
8. z ostrożności nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania w całości na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 7 Ustawy, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wynikającą z naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 60e ust. 1, art. 60e ust. 4, które to naruszenia mają bezpośredni wpływ na wynik postępowania,
9. na podstawie art. 190 ust. 4 Prawa zamówień publicznych z uwagi na fakt, iż ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych, Odwołujący wnosi o powołanie zespołu ekspertów z dziedziny informatyki, bezpieczeństwa przetwarzania danych oraz

w zakresie przedmiotu wskazanych w niniejszym odwołaniu zarzutów, celem ustalenia stanu faktycznego oraz celem wykazania merytorycznej zasadności zarzutów Odwołującego, który to ustalony w ten sposób prawidłowo stan faktyczny będzie mógł stanowić podstawę ustaleń prawnych KIO. W przypadku odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego, kwestionującej podstawę powołania zespołu biegłych, uzasadnienie zostanie przedstawione przez Odwołującego bezzwłocznie.

(żądania oznaczone nr 8 i 9 zostały wycofane na rozprawie).

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy: Gildia Sp. z o.o. w Lublinie oraz Sygnity S.A. w Warszawie.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W dniu 14 października 2011 r. Zamawiający przedłożył wykonawcom zaproszonym do składania ofert w przedmiotowym postępowaniu dokument, zawierający zmiany do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym nowe załączniki do SIWZ, wprowadzające między innymi nowy opis przedmiotu zamówienia oraz istotnych postanowień umowy.

W ramach dokonanej zmiany SIWZ Zamawiający ustalił nowy termin składania ofert na dzień 31 października 2011 roku.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, przez niesprecyzowanie w opisie przedmiotu zamówienia listy laboratoriów certyfikacyjnych właściwych do przeprowadzenia procesu certyfikacyjnego dla rozwiązania pl.ID (tzw. certyfikacji Common Criteria), akceptowanych przez Zamawiającego. W tej sytuacji Odwołujący, jak i inni wykonawcy, jest w stanie niepewności i niejasności w świetle postanowień SIWZ, certyfikacja których laboratoriów będzie uznawana przez Zamawiającego jako zgodna z treścią wymagań SIWZ, kiedy to Odwołujący zaoferuje i określi w ofercie ten element dotyczący przedmiotu zamówienia.

Podnosił, że w Rzeczypospolitej Polskiej nie jest zarejestrowane żadne laboratorium akredytowane do certyfikacji wymaganej w przedmiotowym zamówieniu, natomiast np. w Republice Federalnej Niemiec funkcjonują laboratoria spełniające te kryteria. Wobec faktu, iż jeden z wykonawców, który należy do wąskiego grona zaledwie pięciu wykonawców zaproszonych do składania ofert, jest podmiotem zarejestrowanym w Niemczech, istnieje uzasadniona obawa, że w procesie certyfikacyjnym prowadzonym przez krajowe laboratorium wykonawca ten będzie traktowany preferencyjnie, co ma niebagatelne znaczenie w sytuacji tak drastycznie krótkich terminów certyfikacji wymaganych przez Zamawiającego w harmonogramie prac.

Tym samym Zamawiający pozostawiając w opisie przedmiotu zamówienia swobodę wyboru jednostki bez wskazania listy w pełni niezależnych laboratoriów akredytowanych do certyfikacji Common Criteria - narusza zasadę równości przez nierówne traktowanie podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, a zapis ten może stanowić bezprawną preferencję dla niektórych wykonawców zaproszonych do udziału w dialogu konkurencyjnym. Ponadto brak ww. listy uniemożliwia Wykonawcom prawidłowe przygotowanie oferty. Certyfikacja wymaga współpracy z ewaluatorem akredytowanym przez laboratorium certyfikujące. Dopóki nie jest wskazane laboratorium, nie jest możliwe dokonanie wyboru ewaluatora, który musi być obligatoryjnie jednym z podwykonawców.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych przez podanie przez Zamawiającego w harmonogramie prac ust. 6.9 nowego Załącznika nr 1 do SIWZ, nierealnych - niemożliwych do zrealizowania w praktyce terminów do uzyskania certyfikacji dla rozwiązania pl.ID, nie uwzględniających obiektywnych warunków formalnych i logistycznych koniecznych do skutecznego przeprowadzenia procesu certyfikacji.

Według przedstawionego w Załączniku nr 1 do SIWZ harmonogramu, czas na certyfikację rozwiązania oferowanego do pl.ID wynosi ok. 9 miesięcy.

W oparciu o wieloletnie doświadczenia Odwołującego oraz przyjętą praktykę wiodących laboratoriów certyfikujących i akredytowanych ewaluatorów, czas niezbędny na certyfikację opracowanych profili zabezpieczeń oraz certyfikację całej funkcjonalności dowodu osobistego wynosi co najmniej półtora roku.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenia art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez niesprecyzowanie w opisie przedmiotu zamówienia ust. 6.1.1.6 nowego Załącznika nr 1 do SIWZ, wymaganej pojemności chipów oraz wynikającej stąd przestrzeni wymaganej dla dodatkowych apletów wraz z apletami KUZ, określonych w przedmiocie zamówienia. Zamawiający nie wskazał czy przestrzeń przeznaczona na aplety KUZ jest uwzględniona w przestrzeni na dodatkowe aplety. Od decyzji Zamawiającego w tej kwestii zależy wybór chipów o koniecznej dla spełnienia wymogów SIWZ pojemności. Należy podkreślić, iż do dyspozycji wykonawców przy realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia są dwa rodzaje chipów : o pojemności 80 kB i 128 kB. Oczywiście pojemność chipa warunkuje jego cenę, co ma niebagatelne znaczenie przy wielkości przedmiotowego zamówienia tj. około 25 milionów sztuk chipów, według wymogów SIWZ. Pojemność chipa determinuje również możliwości zastosowania nowych funkcjonalności rozszerzających zakres możliwości wykorzystania blankietu dowodu osobistego. Tym samym brak precyzyjnej definicji wymagań Zamawiającego w zakresie pojemności:

1) uniemożliwia przygotowanie przez Wykonawców pełnej precyzyjnej wyceny wartości przedmiotu zamówienia tym samym uniemożliwia poprawne przygotowanie oferty;

2) wymaga opracowania przez Wykonawców w ramach przygotowania oferty dodatkowych rozwiązań dotyczących zagospodarowania przestrzeni dodatkowej chipów.

Wprowadzając do nowego Załącznika nr 4 do SIWZ (IPU) regulację par. 11 ust.18 wobec zapisu par. 11 ust.17 Zamawiający rażąco naruszył przepisy Prawa zamówień publicznych - stawiając warunki obiektywnie niemożliwe do spełnienia przez któregokolwiek z wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu.

Zapewnienie Zamawiającemu, przez wykonawcę nie będącego producentem, zgody producenta na korzystanie z oprogramowania standardowego na warunkach nie gorszych niż wskazane w ust.13-18 IPU w sytuacji gdy w ust.17 Zamawiający zawęził prawo licencjodawcy do wypowiedzenia licencji na Oprogramowanie Standardowe wyłącznie do sytuacji, w której wystąpiło naruszenie istotnych warunków licencji przez Zamawiającego, przy równoległym wymogu zapewnienia 10-letniego okresu wypowiedzenia - wymóg taki jest niemożliwy do spełnienia przez żadnego z uczestników postępowania. W efekcie, jeżeli wymagania dotyczące par. 11 IPU nie zostaną zmienione zgodnie z wnioskiem Odwołującego, zarówno on, jak i inni uczestnicy postępowania nie będący producentami oprogramowania standardowego nie będą mogli skutecznie złożyć oferty. W oparciu o doświadczenie i przyjęte na rynku oprogramowania standardy, żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie uzyska wymaganej zgody producenta na takich warunkach. Na marginesie Odwołujący zauważał, iż warunki licencji na oprogramowanie standardowe, których wymaga Zamawiający w zakresie wymaganych terminów okresu wypowiedzenia, nie znajdują żadnego uzasadnienia w związku z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu również naruszenie przepisu art. 60e ust. 1 i 4 Prawa zamówień publicznych.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego. Ustawodawca w ocenie Odwołującego nie przewiduje dla tego trybu postępowania obligatoryjnego przedłużenia terminu składania ofert ze względu na istotne zmiany SIWZ o czas konieczny do wprowadzenia zmian do ofert, tak jak dla innych trybów określa to art. 12a ust. 2 Ustawy. Brak takiej regulacji przy dialogu konkurencyjnym wydaje się w pełni uzasadniony celem i przedmiotem postępowania. Dialog konkurencyjny dotyczy szczególnie skomplikowanych i złożonych przedmiotów zamówienia, gdzie dla określenia potrzeb Zamawiającego opracowania SIWZ konieczna jest uprzednia współpraca zaproszonych do dialogu wykonawców i Zamawiającego. Prawidłowo przeprowadzony etap dialogowania powinien skutkować przedstawieniem przez Zamawiającego spójnego, wyczerpującego i zgodnego z przepisami ustawy SIWZ odzwierciedlającego rzeczywiste potrzeby Zamawiającego, SIWZ nie wymagającego wprowadzania jakichkolwiek modyfikacji i istotnych zmian.

Zważywszy jednak na fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dopuścił się szeregu błędów i naruszył art. 60e ust. 1 Prawa zamówień publicznych, przez wykonanie sprzecznej z Ustawą czynności zakończenia dialogu konkurencyjnego oraz sprzecznej z Ustawą czynności, polegającej na przekazaniu uczestniczącym w postępowaniu Wykonawcom informacji o zakończeniu dialogu wraz z zaproszeniem do składania ofert i specyfikacją istotnych warunków zamówienia pomimo braku przesłanek do zakończenia dialogu, w konsekwencji spowodowało konieczność wprowadzenia przez Zamawiającego (nie przewidzianych dla tego trybu przez Ustawodawcę) istotnych zmian do SIWZ.

Biorąc pod uwagę bardzo szeroki zakres zmian wprowadzonych przez Zamawiającego do SIWZ wymagających od wykonawców, biorących udział w postępowaniu dokonanie modyfikacji oferty na dostawę niespersonalizowanych blankietów dowodów osobistych wyposażonych w mikroprocesor wraz z oprogramowaniem middleware zapewniającym komunikację z mikroprocesorem i wykonanie projektu technicznego dowodu osobistego, wymagających ze względu na złożony i nowatorski charakter przedmiotu zamówienia znaczącego nakładu czasu i pracy całych zespołów pracowników wykonawcy, w pełni uzasadniony jest wniosek Odwołującego o przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian do oferty tj. nakazanie Zamawiającemu wyznaczenie terminu składania ofert nie wcześniej niż na dzień 30 listopada 2011r. (to jest około 45 dni od dnia ostatnich licznych wyjaśnień treści SIWZ przez Zamawiającego, czyli od dnia 14 października 2011 r.).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Zamawiający na posiedzeniu wnosił o odrzucenie odwołania, ponieważ większość zarzutów została wniesiona po terminie, jednak Izba zdecydowała się przeprowadzić rozprawę, wobec braku możliwości częściowego odrzucenia odwołania (przepisy Prawa zamówień publicznych w ocenie składu orzekającego nie przewidują takiej możliwości).

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych – wskazując na ewentualne naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, twierdzi, że prowadzą one do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiając mu skuteczny udział w postępowaniu i w konsekwencji uzyskanie zamówienia.

Zarzut odnoszący się do niesprecyzowania w opisie przedmiotu zamówienia listy laboratoriów certyfikacyjnych właściwych do przeprowadzenia procesu certyfikacyjnego dla rozwiązania pl.ID. (tzw. certyfikacji Common Criteria) akceptowanych przez Zamawiającego, jako zgodnych z treścią wymagań SIWZ.

Izba z urzędu dopuściła dowód z dokumentacji postępowania KIO 1989/11, ze względu na znajdujący się tam odpis SIWZ w pierwotnym brzmieniu.

Nie było sporne, że w pierwotnej wersji SIWZ nie podano listy laboratoriów właściwych do przeprowadzenia procesu certyfikacyjnego (ani nie podano miejsca, gdzie ona może się znajdować – Strony były zgodne, że znajduje się na stronie internetowej organizacji Common Criteria i jest stale aktualizowana).

W ocenie składu orzekającego, skoro w pierwotnej wersji SIWZ nie podano listy laboratoriów, to obecnie nie można skutecznie kwestionować takiego samego braku (listy laboratoriów) w SIWZ przekazanej wykonawcom 14 października br. Również żadnego znaczenia dla nowego terminu na wniesienie odwołania nie miał fakt, że żadne z laboratoriów nie ma siedziby w Polsce.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, termin na wniesienie odwołania biegnie od dnia przesłania informacji o czynności będącej podstawą jego wniesienia, jednak nie oznacza to, że wykonawca może za każdym razem skarżyć całą czynność – termin biegnie bowiem od dnia pierwszego poinformowania o danej czynności; nie można przepisu interpretować w odmienny sposób, bowiem prowadziłyby to do możliwości kwestionowania każdorazowo wszelkich postanowień SIWZ w przypadku jej jakiegokolwiek modyfikacji. Byłoby to sprzeczne z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej i prowadziłyby to do przywrócenia terminu na kwestionowanie czynności już „uprawomocnionych”. Oczywiście może się zdarzyć, że późniejsze zmiany modyfikują istotę wcześniejszych postanowień, które formalnie się nie zmieniły, jednak w niniejszym postępowaniu odwoławczym Odwołujący takiej konsekwencji nie wykazał. Jakiegokolwiek zmiany w przedmiocie zamówienia, bez względu czy dotyczyły „co należy wykonać” czy „w jaki sposób” (na rozprawie Strony nie były zgodne co do charakteru dokonanych modyfikacją SIWZ zmian przedmiotu zamówienia) nie wpłynęły według Izby na ewentualny zakres podmiotów certyfikujących, który to zakres nie został zakreślony już w pierwotnej wersji SIWZ. Wobec powyższego, Izba nie rozpatrywała merytorycznie podniesionego zarzutu, stosując odpowiednio art. 189 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Zarzut odnoszący się do podania przez Zamawiającego w harmonogramie prac ust. 6.9 nowego Załącznika nr 1 do SIWZ, warunków i terminów uzyskania certyfikacji, które ze względów logistycznych i wymogów formalnych mogą być niemożliwe do spełnienia przez

poszczególnych wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym w szczególności przez Odwołującego.

Izba ustaliła, że SIWZ w pierwotnym brzmieniu określała termin uzyskania certyfikacji do 30 kwietnia 2013 r., a SIWZ z 14 października br. (zakwestionowana w odwołaniu) określała termin „nie później niż 2 miesiące przed terminem wejścia w życie przepisów ustawy o dowodach osobistych...” (ust. 6.9 nowego Załącznika nr 1, kod HA.8). Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że ustawa o dowodach osobistych wchodzi w życie 1 lipca 2013 r., tym samym z nowego określenia terminu wynika, że upływa on 1 maja 2013 r., więc dzień po uprzednio wyznaczonym terminie i zauważył, że w przypadku zmiany terminu wejścia w życie ustawy ten termin się automatycznie przedłuży. Z kolei Odwołujący wskazywał, że zmiana określenia terminu może skutkować skróceniem terminu, w przypadku takiej zmiany wejścia w życie ustawy od dowodach osobistych, która zmieni obecnie przewidywany termin wejścia w życie ustawy na wcześniejszy. W odwołaniu posługiwał się inną argumentacją – wskazywał, że termin certyfikacji jest bardzo długi, co najmniej półtora roku.

Izba nie mogła podzielić stanowiska Odwołującego w żadnym jego aspekcie. Rację miał Zamawiający twierdząc, że zmiana określenia sposobu terminu nie zmieniała w istocie wyznaczonego uprzednio terminu (termin wyznaczony w miesiącach i termin określony konkretną datą opisywały w praktyce ten sam okres czasu; nowy termin przedłużał – a więc był korzystniejszy dla wykonawców - pierwotnie wyznaczony termin o dwa dni). Izba nie mogła zaakceptować argumentacji Odwołującego, że jest to zupełnie nowy termin, mniej korzystny dla wykonawców, niż poprzedni, bowiem może ulec skróceniu, kiedy przesunie się na wcześniejszy termin wejścia w życie ustawy o dowodach osobistych – jest bardzo mało prawdopodobne, żeby przywoływana ustawa weszła w życie w terminie wcześniejszym, niż przewidywany; możliwe jest, że termin wejścia w życie ustawy będzie przesuwany na późniejszy, a wtedy wykonawcy będą mieli więcej czasu na przeprowadzenie procesu certyfikacji – a więc zmiana SIWZ w tym zakresie, jeżeli w ogóle wystąpiła, jest z każdego punktu widzenia korzystniejsza dla wykonawców, niż pierwotne sztywne określenie terminu konkretną datą.

Wobec powyższego, nawet jeżeli mimo wątpliwości uznać zarzut za wniesiony w terminie, to i tak nie można uznać go za uzasadniony.

Ponadto Odwołujący w odwołaniu podnosił, że według przedstawionego w Załączniku nr 1 do SIWZ harmonogramu, czas na certyfikację rozwiązania oferowanego do pl.ID wynosi ok. 9 miesięcy, a realny termin to co najmniej półtora roku.

Izba ustaliła na podstawie porównania obu wersji SIWZ, że termin certyfikacji dowodów osobistych został określony na 9 miesięcy (w pkt. 8) diagramu Gantta opisującego

harmonogram realizacji przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ), w kwestionowanej wersji SIWZ również wynosi on 9 miesięcy (pkt. 13 diagramu; przywołane punkty Izba ustaliła samodzielnie na podstawie analizy obu wersji SIWZ, bowiem Odwołujący nie rozszerzył argumentacji w tym zakresie). Nie stwierdzono zatem żadnych zmian w SIWZ w odniesieniu do ustalenia 9-miesięcznego terminu – w konsekwencji Izba uznała zarzut za spóźniony, z uzasadnieniem, jak powyżej.

Zarzut odnoszący się do braku sprecyzowania w opisie przedmiotu zamówienia ust. 6.1.1.6 nowego Załącznika nr 1 do SIWZ, wymaganej pojemności chipów oraz wynikającej stąd przestrzeni wymaganej dla dodatkowych apletów wraz z apletami KUZ, określonych w przedmiocie zamówienia.

Na rozprawie nie było sporne, że Zamawiający określił minimalną wymaganą pojemność chipa na 72 kB, przestrzeń na obowiązkowe dane – 60 kB, a w konsekwencji na dodatkowe aplety pozostawiała przestrzeń co najmniej 12 kB (przy założeniu zastosowania chipa o minimalnej wymaganej pojemności). Jak się wydaje, z argumentacji Odwołującego wynikało, że kwestionuje on opisanie przedmiotu zamówienia przez podanie przez Zamawiającego minimalnych wymagań (minimalnej wymaganej pojemności chipa, przestrzeni na dodatkowe aplety), twierdząc, że narusza to uczciwą konkurencję, ponieważ wykonawcy mogą zastosować dowolny wybrany przez siebie chip (twierdził, że na rynku występują standardowo dwa rodzaje chipów – o pojemności 80 kB i 128 kB, różniące się znacznie ceną).

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo opisał przedmiot zamówienia. Pozostawienie wykonawcom możliwości wyboru pojemności chipa (i tym samym przestrzeni na dodatkowe aplety) nie narusza uczciwej konkurencji, przeciwnie, stwarza pole do jej realizacji. Gdyby Zamawiający określił wymaganą pojemność w sposób sztywny (np. 80 kB), zawężyłoby to możliwości oferowania rozwiązań dostosowanych do wymogów Zamawiającego, a wybranych przez wykonawców.

Znamienne jest, że nikt z uczestników postępowania nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, chociaż odwołanie w dużej mierze wskazywało na naruszenia art. 7 i 29 Prawa zamówień publicznych. W odniesieniu do określenia wielkości chipa i przestrzeni na dodatkowe aplety, Przystępujący po stronie Zamawiającego na rozprawie twierdzili, że wielkości te ich zdaniem opisano w sposób optymalny, umożliwiającą uczciwą konkurencję.

Odwołujący nie może czynić zarzutu Zamawiającemu, że tak zakreślił wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia (wskazując jedynie poziom minimalny), że wykonawcy równie dobrze mogą zaoferować, wedle swojego wyboru, przedmiot droższy, jak i tańszy.

Pozostawienie wyboru wykonawcom w tym zakresie nie stanowi o naruszeniu uczciwej konkurencji, a przeciwnie – w wielu wypadkach umożliwia ją.

Odwołujący na rozprawie podnosił, iż powziął wątpliwość, czy właściwie rozumie oświadczenia Zamawiającego co do poszczególnych funkcji – jednak zarzut ten nie był podnoszony w odwołaniu, a Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach podniesionych zarzutów (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych).

W konsekwencji Izba zarzut uznała za nieuzasadniony.

Zarzut odnoszący się do wprowadzenia do istotnych postanowień umowy w par. 11 ust. 18, w związku z par. 11 ust. 17 - warunków udzielenia licencji na oprogramowanie standardowe obiektywnie niemożliwych do spełnienia przez któregokolwiek z wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne.

Izba ustaliła (na podstawie porównania obu wersji SIWZ w edytorze tekstowym, złożonego przez Zamawiającego na rozprawie), że w stosunku do pierwotnej wersji SIWZ w SIWZ przekazanej wykonawcom 14 października br., w IPU w § 11 ust. 17 i 18 dokonano następujących zmian: w ust. 17 zastąpiono spójnik „oraz” spójnikiem „lub”, w ust. 18 zmieniono sposób pisowni słowa „Oprogramowanie” (z małej litery na wielką).

W ocenie Izby dokonane zmiany nie modyfikują istoty wcześniejszych postanowień, a Odwołujący nie skarży samych zmian (kwestionował samą zasadę udzielania licencji, opisaną przez Zamawiającego już w pierwotnej wersji SIWZ) – dlatego zarzut w tym zakresie został wniesiony po terminie.

Zarzut naruszenia przepisu art. 60e ust. 1 Prawa zamówień publicznych, przez wykonanie sprzecznej z Ustawą czynności zakończenia dialogu konkurencyjnego oraz sprzecznej z Ustawą czynności, polegającej na przekazaniu uczestniczącym w postępowaniu Wykonawcom informacji o zakończeniu dialogu wraz z zaproszeniem do składania ofert i specyfikacją istotnych warunków zamówienia, pomimo braku przesłanek do zakończenia dialogu - wobec złożenia przez wykonawców ogromnej ilości pytań (207) do otrzymanej od Zamawiającego SIWZ i w konsekwencji konieczności wprowadzeniem przez Zamawiającego istotnych zmian treści SIWZ, czego nie przewiduje regulacja Ustawy.

Odwołujący wskazywał na rozprawie, że dopiero zmiany w SIWZ z 14 października br. i odpowiedzi na pytania wykonawców upewniły go we wcześniejszych podejrzeniach o przedwczesnym zakończeniu dialogu konkurencyjnego. W ocenie składu orzekającego jest to jednak zarzut wniesiony po terminie (biegł on najpóźniej od dnia przekazania pierwotnej wersji SIWZ). Termin ten nie może biec na nowo po każdej zmianie SIWZ, prowadziłyby to bowiem do obejścia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa (terminu do wniesienia odwołania nie można przywrócić).

Zarzut naruszenie przepisu art. 60e ust. 4 Prawa zamówień publicznych, poprzez wyznaczenie w dniu 14 października 2011r. terminu składania ofert na dzień 31 października 2011 r., tj. z naruszeniem nakazu uwzględnienia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty.

Odwołujący twierdził w odwołaniu, że biorąc pod uwagę bardzo szeroki zakres zmian wprowadzonych przez Zamawiającego do SIWZ wymagających od wykonawców, biorących udział w postępowaniu dokonanie modyfikacji oferty na dostawę niespersonalizowanych blankietów dowodów osobistych wyposażonych w mikroprocesor wraz z oprogramowaniem middleware zapewniającym komunikację z mikroprocesorem i wykonanie projektu technicznego dowodu osobistego, wymagających ze względu na złożony i nowatorski charakter przedmiotu zamówienia znaczącego nakładu czasu i pracy całych zespołów pracowników wykonawcy, w pełni uzasadniony jest wniosek Odwołującego o przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian do oferty tj. nakazanie Zamawiającemu wyznaczenie terminu składania ofert nie wcześniej niż na dzień 30 listopada 2011r. (to jest około 45 dni od dnia ostatnich licznych wyjaśnień treści SIWZ przez Zamawiającego, czyli od dnia 14 października 2011 r.).

Izba stwierdziła, że Odwołujący wniosku o przedłużenie terminu składania ofert nie uzasadnił. Nie wskazał, dlaczego powinno to być akurat „około 45 dni” i jakie zmiany SIWZ powodują konieczność wydłużenia terminu w ponadstandardowy sposób.

Odwołujący nie wykazał, że wyznaczony uprzednio termin nie uwzględnia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty - wobec braku jakiegokolwiek argumentacji, Izba nie znalazła podstaw akceptacji wniosku Odwołującego o przedłużenie postępowania o kolejne 45 dni, i zarzut naruszenia art. 60e ust. 4 Prawa zamówień publicznych uznała za nieuzasadniony.

Reasumując, Izba nie mogła stwierdzić, że doszło do wskazywanych przez Odwołującego naruszeń Prawa zamówień publicznych, i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 23 w pierwotnej wersji SIWZ).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....