

Sygn. akt: KIO 724/12

WYROK

z dnia 26 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2012 r. przez **Infovide-Matrix S.A., ul. Prosta 51, 00-838 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa**

przy udziale **Unizeto Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Infovide-Matrix S.A., ul. Prosta 51, 00-838 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Infovide-Matrix S.A., ul. Prosta 51, 00-838 Warszawa** 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. Nr 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:

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wykonanie projektu implementacji oraz przeprowadzenie migracji Centrum Certyfikacji Zakładu wydającego certyfikaty klucza publicznego na potrzeby wewnętrzne Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz Kompleksowego Rozproszonego Systemu Bezpieczeństwa do systemu zarządzania tożsamością”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 2 listopada 2011 r. pod nr 2011/S 210-342673.

W postępowaniu tym wykonawca Infovide-Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie w dniu 13 kwietnia 2012 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Złożone odwołanie dotyczy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, o dokonaniu której czynności Zamawiający przesłał Odwołującemu informację faksem w dniu 6 kwietnia 2012 r.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego na skutek wezwania Zamawiającego wykonawca Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie, (dalej: „Przystępujący”) w dniu 17 kwietnia 2012 r. zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego. Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Postanowieniem Izby z dnia 17 kwietnia 2012 r. sprawa odwołania została skierowana do rozpoznania na posiedzeniu z udziałem stron. Izba rozpoznała wniesione odwołanie na posiedzeniu z udziałem stron oraz na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2012 r.

Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania i jego uczestnika w przedmiotowej sprawie:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego:

- 1) badania i oceny ofert oraz
- 2) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Czynnościom tym Odwołujący zarzucił naruszenie art. art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania, poprzez:

- 1) bezpodstawne uznanie, iż Przystępujący spełnił warunki udziału w postępowaniu,
- 2) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób naruszający art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że z jego informacji opartych na analizie informacji rynkowych wynika, iż jedyny projekt, realizowany przez Przystępującego, polegający na wdrożeniu systemu zarządzania tożsamością oraz systemu jednokrotnego logowania, który mógłby być użyty przez tę firmę jako projekt referencyjny, dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zrealizowany został wewnątrznie u Przystępującego i został wykonany przez Przystępującego, a potwierdzeniem należytego wykonania usługi jest referencja wystawiona dla „samego siebie”.

Dodatkowo podkreślił, że zważywszy na liczbę około 400 zatrudnianych przez Przystępującego pracowników nie można uznać, że wdrożenie to spełniać może warunek minimum 10.000 użytkowników określony w rozdz. IV cz. I pkt. 2.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Odwołujący przywołał regulacje § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków może żądać wykazu wykonanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, zgodnie z którym zrealizowanie przez przedsiębiorcę swojego wewnętrznego wdrożenia systemu we własnym zakresie, którego autorem jest sam przedsiębiorca nie jest usługą w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego. W tym zakresie Odwołujący wskazał też na art. 750 Kc, zgodnie z którym do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu oraz art. 734. § 1 Kc, zgodnie

z którym przez umowę zlecenia przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do dokonania określonej czynności prawnej dla dającego zlecenie, zatem usługa jest zobowiązaniem umownym, w którym muszą występować co najmniej dwie strony umowy.

Powołując się na poglądy wyrażane w doktrynie i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dla uznania za prawidłowy - zgodny z przepisami przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów - dokument potwierdzający należyłą realizację zamówienia koniecznym jest wystawienie go przez podmiot, na rzecz którego owo zamówienie było realizowane. Tylko w takiej sytuacji – według Odwołującego - mamy do czynienia z obiektywnym potwierdzeniem należytego wykonywania określonych zamówień, którymi wykazuje się wykonawca w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przy wystawieniu dokumentu - oświadczenia przez samego przedsiębiorcę ubiegającego się o zamówienie, świadczącego o wykonaniu przez niego zamówienia na swoją rzecz - można stwierdzić, że dokument taki, według niego, potwierdza w sposób nieobiektywny i bez stosowanego umocowania to, że zamówienia zostały wykonane należycie (przywołał sprawy: KIO 650/11 oraz KIO 250/10).

Odwołujący stwierdził, iż brak jest podstaw do uznania, iż przedstawianie na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu swojego wewnętrznego projektu i zaświadczenie o jego należyтым wykonaniu stanowi skuteczne na gruncie ustawy Pzp, obiektywne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zatem nie można uznać, że Przystępujący potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu i powinien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację zawarte w odwołaniu.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający pismem z dnia 23 kwietnia 2012 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, wskazując że podniesione w nim zarzuty i żądania są bezzasadne.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący odniósł się w uzasadnieniu odwołania do sposobu spełnienia przez Przystępującego dwóch warunków postawionych przez Zamawiającego w postępowaniu, które zostały określone w SIWZ Rozdz. IV podrozdz. I ust. 2 pkt 1) i pkt 2) oraz określone w pkt a) oraz c) Załącznika nr 5 do SIWZ stanowiącego Wykaz usług, który wykonawca załączał do oferty. Na spełnienie obu warunków – zdaniem Zamawiającego - Przystępujący przedstawił usługi wykonane dla innych podmiotów i załączył odpowiednie dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący z swoim zgłoszeniu przystąpienia wniósł o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego. W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w zgłoszeniu przystąpienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie łącznie z odwołaniem o sygn. akt: KIO 776/12 i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania oraz jego uczestnika, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła też, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, kwestionując zaniechanie Zamawiającego wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu, co w sposób bezpośredni pozbawiło Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby powyższe wskazuje na wypełnienie materialnoprawnej przesłanki skutecznego wniesienia odwołania, o której to przesłance mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ w rozdziale IV wprowadził opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym opis dotyczący warunku wiedzy i doświadczenia. W rozdziale IV podrozdział I ust. 2 pkt 1) i pkt 3) SIWZ Zamawiający określił następujące warunki odnoszące się do wykonanych przez wykonawców usług:

- 1) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali, co najmniej jedno

wdrożenie systemu zarządzania tożsamością obejmujące minimum 10.000 użytkowników, z podaniem przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że to zamówienie zostało wykonane należycie,

- 3) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy ~ w tym okresie, wykonali, co najmniej jedno wdrożenie systemu jednokrotnego logowania (Single Sign-On), z podaniem przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że to zamówienie zostało wykonane należycie.

W oparciu o postanowienia SIWZ na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu także w w/w zakresie należało przedstawić wykaz usług, gdzie odpowiednio warunek opisany w pkt 1) należało wykazać w pozycji litery a) wykazu, zaś warunek opisany w pkt 3) w pozycji litery c) wykazu usług.

Przystępujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawiając usługi na potwierdzenie spełniania zarówno warunków z wykazu usług oznaczonych literą a), jak i literą c). Na potwierdzenie spełniania tych warunków udziału w postępowaniu Przystępujący załączył do swojej oferty dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług. Wskazane dokumenty, tj. zarówno wykaz wykonanych usług, jak i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień zostały objęte przez Przystępującego zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający po zweryfikowaniu tych informacji na podstawie wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego nie odtajnił tych informacji, uznając, że zawierają tajemnice przedsiębiorstwa.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania dotyczące nie spełniania wskazanych warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do wiedzy i doświadczenia, biorąc pod uwagę stanowisko i argumentację przedstawioną przez Odwołującego, nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący wykazywał, podnosząc zarzuty odwołania, że Przystępujący w ramach wskazanych dwóch warunków udziału w postępowaniu powołuje się wyłącznie na własne doświadczenie. Doświadczenie to, zdaniem Odwołującego, nie może być brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponadto Odwołujący wskazywał, że Przystępujący nie mógłby wykazać spełniania warunku dotyczącego wdrożenia systemu zarządzania tożsamością obejmujące minimum 10 000 użytkowników z uwagi na to, że samodzielnie nie zatrudnia takiej ilości pracowników we własnych strukturach firmy.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów i przywołanej przez Odwołującego argumentacji, uwzględniając jednocześnie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Przystępującego, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Podniesione

przez Odwołującego okoliczności nie znajdują potwierdzenia w ofercie Przystępującego (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa wykaz usług oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług, jak również inne dokumenty znajdujące się w objętej tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty). Analiza zastrzeżonej części oferty Przystępującego dokonana przez Izbę nie pozwala na stwierdzenie, że w odniesieniu do objętych zaskarżeniem odwołania warunków udziału w postępowaniu Odwołujący powołał się na własne doświadczenie. Przystępujący w wykazie usług przedstawił doświadczenie zrealizowane na rzecz innych podmiotów dopuszczone przepisami ustawy Pzp oraz przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 2009 r. Przedstawione w tym zakresie dokumenty potwierdzają zarówno zakres wymaganego doświadczenia w opisie warunków udziału w postępowaniu dokonanym w SIWZ, jak i czas ich realizacji.

Z tych też względów Izba stwierdziła, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie dokumentów wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba uwzględniła dyspozycję art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. orzekła w tym zakresie stosownie do wyniku postępowania, obciążając tymi kosztami Odwołującego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego.

Przewodniczący: