

Sygn. akt KIO 2101/11

WYROK

z dnia 13 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2011 r. przez wykonawcę COMP Spółkę Akcyjną w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Główną Policji w Warszawie

przy udziale wykonawcy Comparex Poland Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża COMP Spółkę Akcyjną w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez COMP Spółkę Akcyjną w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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

Zamawiający – Komenda Główna Policji w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie serwisu pogwarancyjnego sprzętu i oprogramowania standardowego dla systemów Bezpieczny Tryb Uwierzytelniania Użytkownika (BTUU) oraz Policyjnego Systemu Informacyjnego (PSI).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 sierpnia 2011 r., pod numerem 2011/S 152-252865.

20 września 2011 r. zamawiający *via fax* przesłał informację o wynikach postępowania. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Comparex Poland sp. z o.o.

COMP S.A. w Warszawie wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Comparex Poland sp. z o.o. pomimo, że złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę. Wskazując na naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania, wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Comparex Poland sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia z postępowania Comparex Poland sp. z o.o. i odrzucenie oferty przez niego złożonej, wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący powołał pkt 4 ppkt 3 załącznika nr 4 do projektu umowy, w oparciu o który wywodził, że zamawiający uznał, iż do realizacji umowy niezbędne jest posiadanie konkretnych uprawnień - świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego o klauzuli „POUFNE” lub wyższej. Wskazał, że skoro zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia obowiązkiem wykonawcy na etapie zawierania umowy będzie przedstawienie świadectwa, to wykonawca powinien legitymować się tym świadectwem już w dniu składania ofert. Podniósł, że z informacji uzyskanych z Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (ze strony internetowej www.bip.abw.gov.pl, potwierdzonych pismem z 26 września 2011 r. oraz ze Służby Kontrwywiadu Wojskowego (pismo z dnia 27 września 2011 r.) wynika, iż Comparex Poland sp. z o.o. nie posiada wymaganego świadectwa.

Argumentował, że skoro czas na uzyskanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego wynosi około 6 miesięcy licząc od dnia przedłożenia wszystkich niezbędnych dokumentów, a

zamawiający wymaga rozpoczęcia realizacji umowy od dnia 1 października 2011r., to wykonawca, nie posiadając takiego świadectwa, nie będzie w stanie zrealizować zamówienia zgodnie z umową. Świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego nie może być udostępnione przez podmiot trzeci na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy, gdyż jeżeli do dokonania czynności ustawa wymaga posiadania odpowiednich kwalifikacji i uprawnień od wykonawcy to w tym zakresie wykonawca nie może polegać na zasobach podmiotów trzecich lub podwykonawców. W związku z powyższym zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez Comparex Poland sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ze względu na niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Skoro wykonawca był świadomy, że nie jest w stanie należycie wykonać umowy od 1 października 2011 r., z racji braku świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego i czasu przewidzianego na jego uzyskanie to złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Comparex Poland sp. z o.o. z zachowaniem przesłanek ustawowych przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem posiedzenia zamawiający, pisemnym oświadczeniem z 10 października 2011 r., uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

Izba ustaliła w czasie posiedzenia, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, a wobec zgłoszenia sprzeciwu przez przystępującego odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie. Strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska, odwołujący złożył kopie pism wskazanych w odwołaniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Ustalając w rozdziale VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunki udziału w postępowaniu zamawiający nie wskazał wymagania posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego i w rozdziale VII specyfikacji nie wymagał złożenia takiego dokumentu.

Zamawiający nie żądał złożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających zgodność oferowanych usług z wymaganiami zamawiającego.

W zakresie ochrony informacji niejawnych zamawiający wskazał w § 8 istotnych postanowień umowy (załącznik nr 4 do specyfikacji), że zasady ochrony informacji niejawnych określa załącznik Nr 4 do umowy.

W pkt 3 tego załącznika zamawiający zobowiązał wykonawcę do ochrony informacji niejawnych zamawiającego, do których może mieć dostęp w związku z realizacją umowy

(...).nadto, że w czasie realizacji umowy może zaistnieć możliwość dostępu wykonawcy do informacji o maksymalnej klauzuli „POUFNE” systemu PSI.

Zgodnie z pkt 4 ppkt 3 załącznika nr 4 wykonawca zobowiązany jest do: przekazania do zamawiającego uwierzytelnionej kopii aktualnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego o klauzuli „POUFNE” lub wyższej oraz listy osób wykonawcy wyznaczonych do wykonania Umowy wraz z uwierzytelnionymi kopiami aktualnych poświadczeń bezpieczeństwa osobowego o klauzuli tajności co najmniej „POUFNE”.

W rozdziale XVI specyfikacji zamawiający statuuując wymagania dotyczące formalności, jakie powinny być dopełnione w celu zawarcia umowy nie nakazał wykonawcom złożenia kopii aktualnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego o klauzuli „POUFNE” lub wyższej.

Izba dokonała ustaleń na podstawie oryginalnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (kopia w aktach sprawy).

Przystępujący przyznał, że nie posiada świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, złożył stosowny wniosek, jednak nie wie „na jakim etapie” jest on aktualnie. Fakt braku świadectwa jest bezsporny i Izba nie przeprowadziła dowodu z informacji zawartych na stronie Agencji bezpieczeństwa Wewnętrznego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący, który złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności, po uznanej za najkorzystniejszą ofercie przystępującego, spełnił materialno prawne przesłanki wniesienia odwołania wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W postępowaniu odwoławczym Izba ocenia prawidłowość czynności zamawiającego.

Zamawiający oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz dokonując badania i oceny ofert jest związany wymaganiami, które ustalił i zapisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego opiera się na akceptacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokumentu, który (za wyjątkiem postanowień nieważnych *ex lege*), ma charakter wiążący dla podmiotów postępowania o udzielenie zamówienia, na równych prawach wiąże tak zamawiającego, jak i wykonawców. Prawem wykonawców biorących udział w postępowaniu jest żądanie, aby spełnianie przez nich warunków udziału w postępowaniu oraz złożone przez nich oferty, były ocenione wyłącznie na podstawie wymagań zawartych w specyfikacji. Odpowiednio zobowiązaniem zamawiającego jest dokonanie oceny jedynie na podstawie sformułowanych w tym dokumencie zasad i wymagań. Obowiązek przestrzegania na każdym etapie

postępowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest nie tylko wyrazem formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi również realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust. 1 Pzp. Postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego prowadzi się formie pisemnej (art. 9 ust. 1 Pzp) a dla oceny prawidłowości czynności zamawiającego podstawowe znaczenie ma przede wszystkim literalne brzmienie postanowień specyfikacji.

Zarzuty odwołania okazały się całkowicie bezzasadne już wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu nie wymagał złożenia wraz z ofertą przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego klauzuli „poufne”, nie ustalił takiego wymagania. Zatem, nawet bez potrzeby wdawania się w spór, co do tego, czy dokument ten, ma poświadczać spełnianie wymagań stawianych wykonawcom („wymagań podmiotowych”) – jak uważał odwołujący, czy też ma potwierdzać spełnianie przez oferowane usługi wymagań zamawiającego („wymagań przedmiotowych”) – jak wskazywał zamawiający, fakt, iż na dzień składania ofert przystępujący nie posiadał świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, nie może stanowić podstawy do kwestionowania prawidłowości wyboru złożonej przez niego oferty.

Nie można pominąć, że zamawiający nie wymagał również złożenia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego przed podpisaniem umowy. Analiza postanowień specyfikacji prowadzi jedynie do wniosku, że zamawiający przewidywał ewentualną możliwość dostępu do informacji niejawnych wymagających posiadania odpowiedniego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. Zatem dopiero, jeśli w trakcie realizacji umowy okaże się, wykonawca będzie musiał uzyskać dostęp do informacji niejawnych, zaktualizuje się obowiązek złożenia kopii świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego.

Takie ukształtowanie postanowień specyfikacji uniemożliwia stwierdzenie niezgodności oferty przystępującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający może dokonać jedynie wtedy, gdy jasnym jest, że oferowane świadczenie nie odpowiada wymaganiom opisanym w specyfikacji, a brak możliwość zgodnego z opisanymi wymaganiami wykonania umowy nie budzi wątpliwości. Tymczasem w myśl postanowień specyfikacji nie jest wiadomym, czy w ogóle dostęp do informacji niejawnych będzie niezbędny dla prawidłowego wykonania opisanego przedmiotu umowy, a jeśli tak, to kiedy. Nie można zatem wykluczyć, że w momencie, gdy wykonanie przedmiotu umowy, wymagać będzie posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, odwołujący który złożył stosowny wniosek, będzie już je posiadał. Zatem nawet zakładany pierwotnie przez zamawiającego 1 października 2011 r.,

jako termin rozpoczęcia wykonywania umowy, pozostaje bez znaczenia dla rozpoznania zarzutów odwołania. Nie znajduje uzasadnienia żądanie odrzucenia oferty na podstawie jedynie hipotetycznych wymagań zamawiającego.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Dokonując wyboru oferty przystępującego zamawiający nie naruszył również art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z art. 54 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010r.o ochronie informacji niejawnych (DZ.U. Nr,182, poz. 1228) świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego stanowi dokument potwierdzający zdolność przedsiębiorcy do ochrony informacji niejawnych, odnosi się zatem jednoznacznie do właściwości wykonawcy. Z kolei art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowi o uprawnieniach do wykonywania działalności lub czynności, wymaganych przez przepisy prawa, jednak § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009r., Nr 226, poz. 1817), zawiera zamknięty katalog dokumentów, które mogą być żądane dla potwierdzenia posiadania uprawnień w postaci koncesji, zezwolenia, licencji. Świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego nie mieści się w tym katalogu.

W przywołanym przez odwołującego wyroku z dnia 14 lipca 2010r., KIO 1329/10 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „Obecnie zamawiający nie jest uprawniony do żądania złożenia w ofercie dokumentów potwierdzających uprawnienia osób, jakie mają realizować zamówienie, to jednak nie pozbawia to możliwości podważenia za pomocą tych dokumentów treści złożonego oświadczenia”. Izba dopuściła możliwość dowodzenia braku posiadania przez osoby niezbędne do wykonania zamówienia wymaganych kwalifikacji za pomocą dokumentów potwierdzających uprawnienia zawodowe tych osób, mimo, że – analogicznie jak w przypadku świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego - zamawiający nie żądał i nie mógł żądać złożenia wraz z oferta dokumentów potwierdzających posiadanie tych kwalifikacji, jako dokumentu podmiotowego..

Pogląd wyrażony w tym orzeczeniu jest trafny, natomiast nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie z racji istotnych różnic w stanie faktycznym. W sprawie o sygn. KIO 1329/10 zamawiający skonkretyzował swoje wymagania stawiane osobo, opisał wymagane uprawnienia. Natomiast, jak wskazano wcześniej, w badanej sprawie, wymaganie takie, weryfikowalne na etapie badania ofert, nie zostało ustalone. Zatem brak jest podstaw do kwestionowania złożonego przez przystępującego oświadczenia zgodnego z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, zwłaszcza, że przystępujący nie oświadczył, że posiada świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego.

Przystępujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2pkt 3 Pzp, a złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ewentualne podpisanie umowy i przystąpienie do jej realizacji przez wykonawcę, który nie posiada świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego może być, w okolicznościach sporu, oceniane jedynie z perspektywy racjonalności podejmowania decyzji biznesowych - profesjonalizmu wykonawcy - obejmującego nie tylko umiejętność przygotowania konkurencyjnej oferty, ale również ocenę możliwości należytego wykonania umowy oraz konsekwencji prawnych nienależytego wywiązania się z zobowiązań umownych..

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyników postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: