

Sygn. akt: KIO 391/12

WYROK
z dnia 8 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2012 r. przez wykonawcę **UNICARD S.A., 30 – 415 Kraków, ul. Wadowicka 12** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Sprawiedliwości Centralny Zarząd Służby Więziennej, 02 – 521 Warszawa, ul. Rakowiecka 37A**

przy udziale wykonawcy **CryptoTech Sp. z o.o., 30 – 415 Kraków, ul. Wadowicka 6E** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **UNICARD S.A. w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez **UNICARD S.A. w Krakowie** 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

Centralny Zarząd Służby Więziennej w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę blankietów legitymacji służbowych oraz projektu zabezpieczenia holograficznego typu alfagram.

W odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2012 r. r. przez wykonawcę UNICARD S.A. w Krakowie (dalej: „odwołujący”) zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawa pzp) poprzez odrzucenie oferty odwołującego i wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez CryptoTech sp. z o.o. w Krakowie.

Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty i wyboru oferty oraz nakazanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał na pismo zamawiającego z 20.02.2012 r. zawierające zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią siwz ze stwierdzeniem, że „zaoferowana karta oraz oprogramowanie” nie spełniają wymagań określonych w punktach: 17, 18, 20.8, 20.9, 20.11, 20.12, 20.13, 20.14c, 20.14f oraz 25 załącznika do projektu umowy załączonej do siwz.

Wskazując na brak podstaw do odrzucenia jego oferty odwołujący wskazał na zawarty w siwz projekt umowy wraz z trzema załącznikami opisującymi cechy charakterystyczne produktu finalnego, jakim ma być legitymacja służbowa funkcjonariusza i pracownika dotyczącymi cech układu elektronicznego, cech warstwy graficznej legitymacji oraz zabezpieczeń. Jest to opis produktu, który ma być wytworzony w wyniku realizacji umowy ze wskazaniem konieczności wykonania projektu hologramu i zabezpieczeń na karcie.

Odnośnie załącznika nr 1 „Wymagania dotyczące części elektronicznej (chip) legitymacji służbowej.” odwołujący zauważył, że w jego treści odwołano się do specyfikacji produktu finalnego, czyli karty elektronicznej oraz używa się sformułowań odnoszących się do dostawy np. „w momencie dostawy” – pkt 18, „żadna z dostarczanych legitymacji w momencie dostawy” – pkt 19, „dostarczone oprogramowanie do zarządzania częścią elektroniczną legitymacji” – pkt 20, „z dostawą legitymacji zostaną dostarczone minimum trzy nośniki” – pkt 21, „wraz z dostarczonym oprogramowaniem zostaje zapewnione prawo do pobierania aktualizacji i poprawek” – pkt 23, „wraz z dostarczonymi legitymacjami wykonawca zapewnia telefoniczne wsparcie” – pkt 24, „wykonawca gwarantuje poprawne działanie dostarczonych legitymacji” i oprogramowania z posiadanym przez zamawiającego systemem (pkt 25) i in. Powyższe ma wskazywać, że zamawiający opisuje wymogi

odnoszące się do produktu finalnego, który ma zostać przekazany w ramach wykonania umowy, a nie karty testowej, która ma zostać przekazana wraz z ofertą. W powołanych opisach zamawiający wielokrotnie używa terminu „legitymacja służbowa” i mówi o dostarczanych legitymacjach i dostarczonym w przyszłości oprogramowaniu, a ani razu nie używa sformułowania karta testowa.

Narzędzie lub potencjał technologiczny przedstawiany w formie karty testowej wraz z oprogramowaniem został dla odróżnienia wskazany w pkt V siwz, jako podlegający ocenie z punktu widzenia zdolności do funkcjonowania jako produkt finalny.

Zamawiający na etapie weryfikacji ofert z siwz badając kartę testową (nie legitymację służbową) powinien ocenić czy przekazana technologia (karta testowa z oprogramowaniem) będzie mogła być wykorzystana dla dostarczenia legitymacji służbowych o określonych właściwościach. Opisane wymagania nie mogą odnosić się do karty testowej prekonfigurowanej ostatecznie, ale takie, która posiada cały szereg funkcji umożliwiających skonfigurowanie próbki o parametrach pokazujących potencjał technologiczny oraz do legitymacji jako produktu finalnego.

Odwołujący wskazuje, że należy dokonać rozróżnienia między kartą testową (która może wymagać konfiguracji), a finalną legitymacją służbową (skonfigurowaną), i oprogramowaniem narzędziowym dostarczonym do testowania karty (wymagającego konfiguracji), a oprogramowaniem finalnym zintegrowanym (skonfigurowanym) z już w działającym systemie. Zauważa przy tym, że pełna integracja i konfiguracja (pkt 25 zał. 1) może być dokonana w momencie dostawy kart, a zatem oprogramowanie dodatkowe, a nawet sama karta w zakresie, na który zezwala certyfikat może być poddana odpowiedniej konfiguracji. Zamawiający wymagał dostarczenia przykładowej karty z chipem o określonych właściwościach technologicznych, który przy zastosowaniu załączonego dedykowanego oprogramowania będzie mógł zostać skonfigurowany w przyszłości dla spełnienia wymaganych funkcji. W siwz nie zawarto wymagania, aby przekazana wersja testowa karty była skonfigurowana w sposób finalny.

Z powyższego odwołujący wywodzi, że nie ma podstaw oceniać karty testowej wg kryteriów opisanych w projekcie umowy. Na etapie badania ofert należało zbadać, czy potencjał technologiczny karty i oprogramowania nadaje się do wytworzenia i dostarczenia produktu finalnego.

Odwołujący stwierdza, że oceniając dostarczoną kartę testową zamawiający nie dokonał jej dokładnego sprawdzenia nawet z założeniami zawartymi w projekcie umowy. Dostarczony produkt posiada certyfikat na całą kartę Common Criteria EAL4+ tj. wyższy od wymaganego w projekcie umowy; karta testowa technologicznie przewyższa potrzeby zamawiającego.

Wskazuje na niekonsekwencję zamawiającego, który podał niezgodność karty testowej z pkt 18, opisującym iż PIN oraz PUK karty winny być takie same, a brak tego wymagania zarzuca się odwołującemu. W wyjaśnieniach zamawiający pozwolił, aby produkt finalny był konfigurowany na etapie personalizacji przez zamawiającego; (odp. Na pytanie 12). Z tego wynika, że dopuszczono dostarczenie nie tylko karty testowej ale i docelowej legitymacji z możliwością konfiguracji kodów PIN i PUK przez zamawiającego. Takiej personalizacji zamawiający nie wykonał lub wykonał niedostatecznie, co było powodem odrzucenia karty z innych punktach np. 20.8 „umożliwia zapoznanie się zawartością legitymacji w zakresie obiektów typu klucze i certyfikaty”. Odwołujący przedstawia widok z ekranu, gdzie takie klucze i certyfikaty SA widoczne. Ponadto wskazuje na pkt 20.9 (możliwość prezentacji zawartości certyfikatów osadzonych w części elektronicznej legitymacji) i widok z ekranu z prezentacją zawartości certyfikatów.

Wskazując na powyższe odwołujący stwierdza, że jego karta testowa wraz z oprogramowaniem narzędziowym nie została należycie przetestowana. Odwołujący zakładał, że w razie ewentualnych problemów z obsługą czy konfiguracją karty z wykorzystaniem załączonego oprogramowania, zamawiający zażąda niezbędnych wyjaśnień lub udzielenia dodatkowego wsparcia technicznego. Odwołujący stwierdza, że zamawiający ma możliwość nabycia produktu w pełni zgodnego w wymaganiami finalnej karty po najniższej oferowanej cenie.

Do odwołania załączył oświadczenie firmy Athena o zgodności z wymogami siwz karty, która zostanie wyprodukowana na potrzeby zamawiającego.

W złożonym Izbie piśmie przygotowawczym odwołujący w uzupełnieniu złożonego odwołania podniósł błędną wykładnię specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez zamawiającego i brak jasnego określenia celu żądania dostarczenia „próbki” i cech, jakie powinna ona posiadać. Podniósł, iż nie może ponosić negatywnych konsekwencji takich niejasności. Wskazał na orzecznictwo KIO. Podtrzymał tezę, że wymagania dotyczące kart elektronicznych opisane w załączniku do siwz dotyczą produktu finalnego i z całą pewnością nie odnoszą się do karty testowej. Wskazał na piśmiennictwo dotyczące możliwości żądania próbki, nie będącej produktem finalnym. Z ostrożności wskazał na naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy pzp stwierdzając, że dostarczenie próbki nie potwierdzającej wymagań określonych przez zamawiającego implikuje zastosowanie art. 26 ust. 3 tj. obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty.

W toku rozprawy wniósł o przeprowadzenie dowodu na okoliczność spełnienia przez dostarczoną próbkę-kartę testową wymagań specyfikacji tj. funkcjonalności opisanych w zał. Nr 1 do umowy zawartym w postanowieniach siwz.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na przedmiot zamówienia obejmujący trzy części, z czego przedmiotem sporu jest część pierwsza, co do której dokonywał oceny spełniania wymagań w oparciu o weryfikację dostarczonej karty testowej wraz z oprogramowaniem. Stwierdził, że w wyniku weryfikacji uznał, że karta testowa nie potwierdza spełniania wymogów zabezpieczenia elektronicznego i nie miał podstaw do żądania ewentualnych wyjaśnień ani uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie zamawiającego odwołujący potwierdził w treści odwołania, że dostarczona karta testowa nie spełnia wymogów specyfikacji. Zauważył, że w odwołaniu odniesiono się do dwóch lub trzech wymogów spośród większej liczby wskazanych w zawiadomieniu o wyborze oferty i odrzuceniu oferty. Wniósł o nieuwzględnienie wniosku dowodowego stwierdzając, że dowód miałby być przeprowadzony w oparciu o inną kartę testową niż złożoną z ofertą, a ewentualny test należałoby przeprowadzać w środowisku informatycznym zamawiającego. Stwierdził, że w postępowaniu złożono 3 oferty, wśród nich dwie zostały pozytywnie zweryfikowane. Wskazał, że w odpowiedzi na pytanie nr 10 stwierdził, iż oczekuje dostarczenia wraz z kartą testową kompletnego oprogramowania, o którym mowa w pkt 20 załącznika do umowy. Wskazał tu również na cel tj. użycie oprogramowania w celu zweryfikowania funkcjonalności części elektronicznej karty testowej. Stwierdził, że pismo firmy Malkom z 5.03.2012 r. złożone przez odwołującego na posiedzeniu Izby, dotyczy funkcjonalności, których nie wymagał na etapie składania ofert. Oświadczył, że wymagana karta testowa w zakresie części elektronicznej jest w istocie produktem finalnym i podlegała ocenie w zakresie wymogów opisanych w siwz dla tego produktu (zał. Nr 1).

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że odrzucenie oferty odwołującego jest rozstrzygnięciem prawidłowym, bowiem żaden z zarzutów odwołania nie znajduje potwierdzenia. Wskazał na konstrukcję wymagań siwz w odniesieniu do blankietów legitymacji służbowej z chipem składającej się z dwóch części tj. części elektronicznej – mikroprocesora oraz obsługującego ten mikroprocesor oprogramowania (wymagania opisane w zał. Nr 1) oraz części plastikowej tj. nadrukowanej z danymi identyfikacyjnymi posiadacza oraz grafiką i zabezpieczonej hologramem (wymagania opisane w zał 2 i 3). Z siwz, w ocenie przystępującego wynika, iż karta testowa spełniała funkcję swoistego formularza określającego szczegółowo parametry oferowanego przedmiotu w części elektronicznej będą elementem oferty. Zamawiający wymagał zatem, aby karta testowa w pełni odpowiadała parametrom części elektronicznej, a dostarczone oprogramowanie odpowiadało oprogramowaniu przeznaczonemu do obsługi tej części, a zatem by w pełni odpowiadała cechom produktu finalnego. Przystępujący kwestionuje twierdzenie odwołania, że zamawiający wymagał technologii, narzędzia, potencjału, a nie produktu finalnego. W jego ocenie podmiot profesjonalny zajmujący się

kartami elektronicznymi nie powinien mieć wątpliwości, że należało dostarczyć część elektroniczną (chip) osadzoną w plastikowym blankiecie. Wskazał na orzecznictwo dotyczące art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Podkreślił uprawnienia zamawiającego do zbadania karty testowej oraz zakres i rodzaj testów wykorzystanych przez zamawiającego. Stwierdził, że właściwość funkcjonalna części elektronicznej (chip) oferowanych kart wraz z oprogramowaniem nie została potwierdzona w odniesieniu do kart odwołującego w dziesięciu spośród wszystkich 27 właściwości funkcjonalnych.

Zwrócił uwagę, że odwołujący odniósł się jedynie do dwóch spośród 10 braków funkcjonalnych karty. Stwierdził, że nawet ewentualne uwzględnienie zarzutów nie zaprzecza generalnie negatywnemu wynikowi testów w pozostałych punktach.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron przedstawione na piśmie oraz do protokołu, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia braków formalnych podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba dokonała ustaleń stanu faktycznego na rozprawie.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do zarzutów i żądań odwołania, należy stwierdzić, co następuje.

Niesporne jest, że zgodnie z postanowieniami siwz zawartymi w pkt V siwz do oferty należało dołączyć m.in. „wypełniony formularz cenowy, jeden egzemplarz karty testowej zawierającej część elektroniczną (chip) bez poddruku i zabezpieczeń wraz z oprogramowaniem oraz graficzny projekt zabezpieczenia holograficznego typu „alfagram”, o którym mowa w załączniku nr 2 do projektu umowy.

W toku postępowania zamawiający w odpowiedzi z 8.02.2012 r. na pytanie 10 o treści: „...jakiego rodzaju oprogramowanie należy dostarczyć wraz z ofertą i w jakim celu ma ono zostać użyte. Czy zamawiający ma na myśli oprogramowanie narzędziowe przy pomocy którego można zweryfikować funkcjonalność karty testowej, czy też kompletne oprogramowanie o którym mowa w punkcie 20 załącznika nr 1 do umowy..”, udzielił wyjaśnienia: „Zamawiający oczekuje, że wykonawca wraz z kartą testową dołączoną do oferty dostarczy kompletne oprogramowanie, o którym mowa w pkt 20 załącznika nr 1 do umowy. Oprogramowanie zostanie użyte w celu zweryfikowania funkcjonalności części elektronicznej karty testowej.”

Z powyższych zapisów wynika wymóg złożenia karty testowej z częścią elektroniczną oraz oprogramowaniem w celu zweryfikowania funkcjonalności części elektronicznej złożonej karty testowej. W tym kontekście zapowiedzianą weryfikację funkcjonalności należy utożsamiać i z badaniem i oceną oferty w zakresie zgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosownie do art. 82 ust. 3 ustawy pzp. Należy zauważyć, że w zakresie części elektronicznej jedynie na podstawie karty testowej można było dokonać oceny zawartości oferty i parametrów oferowanego produktu. W przedmiotowej sprawie karta testowa była zatem elementem oferty w znaczeniu przedmiotowym. Z tego względu uzasadnione jest stwierdzenie, że zamawiający miał prawo oczekiwać aby karta testowa odpowiadała wymogom siwz opisanym parametrami części elektronicznej (chipa) wraz z oprogramowaniem przeznaczonym do jej obsługi. Oczywiście jest, że weryfikacja i badanie karty polega na poddaniu jej testowi, (co wynika z samego nazwania karty „testową”) na okoliczność zaoferowania produktu o właściwościach opisanych w siwz. Zauważając, że metoda i zakres przeprowadzania weryfikacji nie został literalnie sformułowany w specyfikacji, a także, że wykonawcy nie zgłaszali wątpliwości i nie kwestionowali takich czynności w toku postępowania, Izba uznaje, że zamawiający zasadnie dokonywał badania w odniesieniu do wymagań sformułowanych w siwz dla produktu finalnego w części elektronicznej. W istocie parametry w załączniku nr 1 są jedynym możliwym odniesieniem parametrów karty testowej. Izba nie znajduje podstaw do uwzględnienia w świetle treści siwz i przepisów ustawy tezy odwołującego, że na etapie badania ofert nie należało oceniać karty testowej wg kryteriów opisanych w siwz (w projekcie umowy), a wystarczające i jedynie dopuszczalne było badanie, czy potencjał technologiczny karty i oprogramowanie nadaje się do wytworzenia i dostarczenia produktu finalnego. Deklarowana przez odwołującego okoliczność zdatności karty testowej oraz oprogramowania do wykorzystania w zakresie produkcji i dostawy przedmiotu zamówienia jest w ocenie składu orzekającego niewystarczająca i nie daje podstaw do wnioskowania o potwierdzeniu wymaganych funkcjonalności, których brak zarzuca zamawiający.

Należy ponadto stwierdzić, że nawet uznanie twierdzeń odwołania, iż przedłożona karta testowa potwierdza spełnianie wymogów z pkt 20.8 i 20.9 i nie narusza wymogu z pkt 18 załącznika nr 1 do umowy w świetle odpowiedzi na pytanie 12 udzielonej przez zamawiającego, oraz pkt 25, nie doprowadziłoby do rozstrzygnięcia o niezasadności odrzucenia przedmiotowej oferty wobec nie przedstawienia przez odwołującego merytorycznych zarzutów wobec pozostałych niezgodności oferty wskazanych przez zamawiającego. W tym miejscu należy stwierdzić, że Izba odmówiła przeprowadzenia wnioskowanego dowodu na okoliczność zdatności karty testowej oraz oprogramowania do wykorzystania na cele realizacji przedmiotu zamówienia i spełnienia wymaganych funkcjonalności uznając, że nawet pozytywny wynik prezentacji przedstawionej na rozprawie

nie stanowiłyby dowodu spełnienia funkcjonalności chipa z oprogramowaniem w dniu składania ofert. Wypada przy tym wskazać na możliwość dokonywania po tej dacie konfiguracji w celu wsparcia tezy dowodowej oraz zmianę stanu faktycznego po dacie składania ofert i wniesienia odwołania, potwierdzoną przez odwołującego, w postaci zakończenia integracji oprogramowania z kartą mikroprocesorową Athena.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji uznając, że zamawiający miał podstawy faktyczne i prawne odrzucenia oferty odwołującego i nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych przez odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp tj. stosownie do wyniku postępowania odwoławczego z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: