



Warszawa, dnia 7 stycznia 2013r.

Sz. P.

Klaudia Szczytowska-Maziarz
Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Zamawiający:

Ministerstwo Sprawiedliwości
Al. Ujazdowskie 11, 00-950 Warszawa
Tel.: +48 22 521 22 14, faks: +48 22 521 22 14
E-mail: kwiatkowski@ms.gov.pl

Odwołujący:

ENIGMA Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o.
ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa
Tel.: +48 22 570 57 10, faks: +48 22 570 57 15
E-mail: biuro@enigma.com.pl

ODWOŁANIE

- I. Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosi odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na niezgodnym z przepisami ustawy sformułowaniami ogłoszenia o zamówieniu i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) podjętym w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie systemu informatycznego „Elektroniczne Księgi Wieczyste”, zwanego dalej Systemem, wraz z modernizacją systemu Nowa Księga Wieczyste oraz prowadzenie nadzoru nad eksploatacją, świadczenie serwisu i wsparcia technicznego dla Systemu i wykonywanie modyfikacji Systemu”* Znak sprawy: BOF-II-3710-31/12 prowadzonego przez Zamawiającego – Ministerstwo Sprawiedliwości w trybie przetargu nieograniczonego.
- II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 grudnia 2012r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2012/S 249-412566, a SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w tym samym dniu.

**III. ZARZUTY**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp oraz art. 22 ust. 4 Pzp, poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także utrudniający uczciwą konkurencję;
2. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

IV. ŻĄDANIA

1. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień ogłoszenia i SIWZ w zakresie i w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

V. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH

1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 grudnia 2012r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nr ogłoszenia: 2012/S 249-412566. Zatem niniejsze odwołanie wobec treści ogłoszenia wnoszone w dniu 7 stycznia 2013r. jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp.
2. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

VI. INTERES ORAZ SZKODA

1. Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają, Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Wskazujemy, iż uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez Zamawiającego licznych, nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców, (w tym Odwołującego), którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Wskazujemy nadto, iż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty, ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą ww. czynności Zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału Odwołującego w postępowaniu.
2. Powyższe rozumienie wymagań dla korzystania ze środków ochrony prawnej jest zgodne ze stanowiskiem zaprezentowanym w opinii dotyczącej konstrukcji środków ochrony prawnej po nowelizacji ustawy, która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 r. wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych „legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje

[2]



podmiotowi, który wykaże, że: 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie 2) poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp" (Środki ochrony prawnej w świetle nowelizacji prawa zamówień publicznych, opublikowana na stronie internetowej UZP).

VII. UZASADNIENIE

1. Formułując warunki udziału w postępowaniu Zamawiający winien kierować się celem, jakiemu zamawiane usługi mają służyć, a opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Każde wymaganie powinno znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i do niego proporcjonalnych. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:
 - a) Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 22 listopada 2010 roku (KIO/KU 83/10) „Przede wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. „Związany z przedmiotem zamówienia” - opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” - opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie.”
 - b) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2010r. (KIO 1947/10): „Izba podkreśla, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może wykraczać poza cel jakiemu służy i do jakiego został powołany w niniejszym postępowaniu, a który sprowadza się do wyłonienia rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy zdolnego wykonać przedmiotowe zamówienie.”
 - c) „Zdaniem Izby, nie stanowi to jednak żadnego usprawiedliwienia dla łamania przepisów ustawy Pzp. Należało zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, co do trafności zarzutu niekonkurencyjności opisu przedmiotu zamówienia, a jednocześnie, iż tak dokonany opis przedmiotu zamówienia rzutuje na nieprawidłowo postawione przez zamawiającego dwa warunki udziału w postępowaniu. Pierwszy dotyczący wymaganej wiedzy i doświadczenia wykonawcy we wdrożeniu trzech systemów ESKULAP, a włec identycznych z przedmiotem zamówienia, podczas gdy wymóg w



odniesieniu do warunków uczestnictwa w postępowaniu i sposobu oceny ich spełnienia ma być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jak stanowi art. 22 ust 4 ustawy Pzp, a nie z nim tożsamy. Ponadto drugi warunek - posiadania przez wykonawcę podejmującego się rozbudowy systemu medycznego ESKULAP certyfikatu potwierdzającego uprawnienia osób do nadzorowania wdrożeń i szkoleń, wydanego przez producenta tego systemu narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Jest rzeczą oczywistą, że producent systemu ESKULAP może wydać certyfikat osobie zainteresowanej, bądź może go nie wydać, w zależności od uznania i własnej woli, gdyż nie ma żadnego obowiązku udzielenia takiego certyfikatu innym przedsiębiorcom, co stanowi warunek naruszający uczciwą konkurencję, zabroniony przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Może utrudniać dostęp do zamówienia podmiotom oferującym równoważne dla tego systemu medycznego rozwiązania informatyczne. Ciężar udowodnienia braku naruszenia konkurencji przy indywidualnym określeniu przedmiotu zamówienia spoczywa na zamawiającym. W takim znaczeniu, iż punktu widzenia potrzeb zamawiającego postawiony warunek jest nieodzowny oraz, że nie narusza konkurencji, zapewniając szeroki dostęp do zamówienia wszystkim potencjalnym wykonawcom, mogącym należycie wywiązać się z jego realizacji. Zamawiający poprzestał jedynie na swolch stwierdzeniach, że inni oferenci w ramach testowania rynku nie oferowali przeniesienia danych w całości do nowych systemów medycznych. Twierdzenia te pozostały niedowiedzione. Oparte na oświadczeniu zamawiającego, że przeniesienie danych np. w zakresie rozliczeń nie było możliwe do nowych systemów w zakresie czasokresu wymaganego przez zamawiającego". - wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011r. sygn. akt: KIO 1556/11;

- d) „W rozpoznawanej sprawie odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisie sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, określenie dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków, a także treści wzoru umowy wskazując przy tym na naruszenie zasady z art. 22 ust. 4 ustawy pzp z której wynika, iż opis oceny spełniania warunków udziału powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Uwzględniając opis przedmiotu zamówienia oraz postawione wykonawcom warunki podmiotowe w szczególności w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia Izba podzielając stanowisko odwołującego stwierdza, że zamawiający określił poziom wymaganego od wykonawców doświadczenia w sposób ściśle odpowiadający przedmiotowi zamówienia czym ograniczył konkurencję". - wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2011r. sygn. akt: KIO 2600/11.

2. W kontrolach przeprowadzanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie zamówień współfinansowanych ze środków europejskich, Prezes UZP piętnuje stawianie nieadekwatnych i nieproporcjonalnych warunków przez zamawiających. Przykładowo w



"Wynikach kontroli przeprowadzonych w 2009 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczących zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej" wielokrotnie jako uchybienia wskazywano stawianie nadmiernych warunków udziału w zakresie doświadczenia wykonawców (Wyniki kontroli dostępne są na stronie internetowej UZP www.uzp.gov.pl). W pkt IV.4.8. wyników kontroli z 2009 r. wskazano uchybienie polegające na postawieniu warunku doświadczenia identycznego z przedmiotem zamówienia. Wskazano, iż „W opinii Prezesa Urzędu nie można przyjąć, że do wykonania zamówienia polegającego na dostarczeniu 8 ww. pojazdów, niezbędnym jest posiadanie doświadczenia w zakresie dostarczenia takiej samej liczby (8) tych pojazdów. Nie można bowiem wykluczyć, że wykonawca mający doświadczenie w dostarczeniu mniejszej liczby tego rodzaju pojazdów, byłby również w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Istota rzeczy sprowadza się bowiem do technicznej wiedzy i umiejętności wykonania takich pojazdów oraz organizacyjnej zdolności ich dostarczenia. Te czynniki natomiast nie są zależne od ilości dotychczas wykonanych pojazdów, gdyż można je wykazać już po jednorazowej realizacji i dostawie wymaganego pojazdu. (...) Wobec powyższego, wymóg wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji takiej samej liczby (8) wielozłonowych pojazdów do wykonywania pasażerskich przewozów regionalnych, jak w udzielanym zamówieniu, należy uznać za warunek nadmierny, który mógł ograniczyć dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy wykonali mniejszą liczbę takiego rodzaju pojazdów. Wymóg taki prowadził zatem do ograniczenia uczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

3. Z przywołanego powyżej orzecznictwa wynika, iż warunki udziału w postępowaniu powinny być tak postawione, aby wykonawca wybrany na podstawie warunków dawał rękojmię należytego wykonania umowy. Postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące wymaganego doświadczenia są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.
4. Zgodnie z rozdziałem VI pkt 2.1.1 lit. a SIWZ Zamawiający wymaga wykazania się doświadczeniem w wykonaniu „co najmniej 1 usługi polegającej na zaprojektowaniu i zbudowaniu lub zmodyfikowaniu systemu informatycznego utrzymującego i obsługującego rejestr publiczny w rozumieniu ustawy o informatyzacji podmiotów realizujących zadania publiczne, o zasięgu ogólnopolskim, w następującej technologii:
 - zbudowanym w oparciu o model warstwowy,
 - opartym o architekturę SOA, z wydzieleniem usług sieciowych dostępnych dla podsystemów, modułów oraz systemów zewnętrznych za pośrednictwem szyny usług (ESB) działającej w układzie wysokiej dostępności (HA),
 - opartego na bazie danych IBM DB2 for z/OS, zlokalizowanej na serwerze klasy Mainframe z systemem operacyjnym z/OS,
 - zbudowanym w architekturze rozproszonej obejmującej centralę oraz co najmniej 300 lokalizacji geograficznie odrębnych, tj. położonych w różnych miejscowościach”.



Suma powyższych wymagań w sposób niczym nieuzasadniony ogranicza konkurencję i eliminuje z postępowania wykonawców, którzy są w stanie zrealizować zamówienie. Biorąc pod uwagę, iż liczba rejestrów publicznych jest listą zamkniętą, a Zamawiający wskazał konkretną architekturę obejmującą centralę (wraz z konkretnym oprogramowaniem) oraz podał liczbę jednostek (300) to spowodowało, iż część podmiotów, która zbudowała system Informatyczny obsługujące rejestry publiczne zostało z postępowania wyeliminowana. Każdy z rejestrów publicznych jako oddzielny system informatyczny może być z powodzeniem zrealizowany na dowolnej architekturze a w przypadku zdecydowanej większości z nich użycie serwerów mainframe było nieuzasadnione. Zamawiający zatem postępując się nazwami własnymi i wymagając wyłącznie doświadczenia związanego z bazami danych IBM DB2 for z/OS, zlokalizowanej na serwerze klasy Mainframe z systemem operacyjnym z/OS naruszył przepisy ustawy.

Odwolujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień ogłoszenia i SIWZ poprzez wskazanie, iż: warunek o którym mowa w rozdziale VI pkt 2.1.1 lit. a SIWZ zostanie uznany za spełniony, gdy wykonawca wykaże się doświadczeniem w wykonaniu:

"co najmniej jednej usługi polegającej na zaprojektowaniu i zbudowaniu lub zmodyfikowaniu systemu informatycznego, którego zadaniem jest gromadzenie, analizowanie i przekazywanie danych pomiędzy jednostkami sektora publicznego, o zasięgu ogólnopolskim, w następującej technologii:

- zbudowanym w oparciu o model warstwowy,
- opartym o architekturę SOA, z wydzieleniem usług sieciowych dostępnych dla podsystemów, modułów oraz systemów zewnętrznych za pośrednictwem szyny usług (ESB) działającej w układzie wysokiej dostępności (HA),
- zbudowanym w architekturze rozproszonej obejmującej centralę oraz dostęp z co najmniej 300 lokalizacji geograficznie odrębnych, tj. położonych w różnych miejscowościach".

5. Zgodnie z rozdziałem VI pkt 2.1.2 lit. i SIWZ Zamawiający wymaga wykazania się dysponowaniem osobą na stanowisko Specjalista testów. Osoba ta ma posiadać doświadczenie potwierdzone certyfikatem Certified Test Manager lub ISTQB Foundation (CTFL).
- a. Powyższe wymaganie w zakresie obowiązków potwierdzania kwalifikacji personelu certyfikatami wyłącznie ściśle wskazanymi przez Zamawiającego w ogłoszeniu, wydanymi przez konkretne podmioty, przy jednoczesnym określeniu tych certyfikatów z użyciem znaków towarowych - nie ma żadnego uzasadnienia. Wymaganie to nie jest związane z przedmiotem zamówienia ani nie jest w stosunku do niego proporcjonalne. Istotą przedmiotu zamówienia w zakresie związanym z zaskarżonymi wymaganiami jest bowiem zagwarantowanie Zamawiającemu realizacji umowy przez osoby posiadające kwalifikacje na odpowiednio wysokim poziomie. Brak jest podstaw do przyjęcia, że inne certyfikaty (będące

