

Warszawa, dnia 15 lipca 2008 r.

L.dz. BZ-249/08.....

Zamawiający:

Instytut Pamięci Narodowej
Komisja Ścigania Zbrodni
Przeciwko Narodowi Polskiemu
Wydział Zamówień Publicznych,
ul. Towarowa 28
00-839 Warszawa
fax. (0 22) 581-88-14

Protestujący:

ARAM Sp. z o.o.
Al. Jerozolimskie 180
02-486 Warszawa
tel. (0 22) 571-15-55
fax. (0 22) 841-18-02

21805 K pod. 11.15

PROTEST

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego na dostawę, instalację i konfigurację aplikacji „Cyfrowe Archiwum” wraz ze sprzętem, na którym będzie ona zainstalowana oraz przeszkolenie pracowników Zamawiającego w zakresie jej obsługi.

1. Na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2006 r. Nr 164 poz. 1163 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą”, ARAM Sp. z o.o. wnosi protest wobec czynności Zamawiającego polegającego na modyfikacji zapisów Ogłoszenia (zwanego dalej Ogłoszenia) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego na dostawę, instalację i konfigurację aplikacji „Cyfrowe Archiwum” wraz ze sprzętem, na którym będzie ona zainstalowana oraz przeszkolenie pracowników Zamawiającego w zakresie jej obsługi - nr ref. BZ-249/08.

2. Czynności Zamawiającego zarzucam:
 - naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem art. 38 ust. 5, poprzez niedozwoloną modyfikacji treści Ogłoszenia w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu.

3. Powyższe powoduje naruszenie interesu prawnego Protestującego, ponieważ oprotestowana czynność Zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwia udział wnoszącemu protest w przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na niemożność przygotowania i złożenia oferty, i tym samym uzyskania przez Protestującego zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Protestującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 Ustawy.

4. Protestujący o modyfikacji treści Ogłoszenia w przedmiotowym postępowaniu uzyskał w dniu 8 lipca 2008 r. z zamieszczonego na stronie internetowej Zamawiającego pisma dotyczącego udzielenia odpowiedzi na zadane przez Wykonawców pytania. Niniejszy protest jest wnoszony do Zamawiającego w dniu 15 lipca 2008 r. co oznacza, że Protestujący uczynił zadość wymaganiom art. 180 ust. 3 Ustawy.

5. Wskazując na powyższe, wnoszę o:
 - unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy, gdyż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy; w szczególności zachodzi niemożność modyfikacji SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania, wynikająca z przepisu art. 38 ust. 5 Ustawy.

UZASADNIENIE

Protestujący – ARAM Sp. z o.o. powziął wiadomość o czynnościach podjętych przez Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania polegających na modyfikacji zapisów Ogłoszenia, w zakresie zmiany warunków udziału w postępowaniu z pisma Zamawiającego,

które ukazało się na stronie internetowej Zamawiającego (WWW.ipn.gov.pl) w dniu 8 lipca 2008 r. W cytowanym piśmie Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie Wykonawcy.

„Pytanie:

W treści ogłoszenia zawartego na stronie internetowej (www.ipn.gov.pl) pkt 1.2.b (warunki podmiotowe) Zamawiający wymaga, aby Główny Analityk posiadał kwalifikacje m.in.: „iii.Udział w roli kierownika projektu w minimum 2 projektach o wartości zamówienia na kwotę minimum 3 200 000 zł netto i minimum 2 000 000 zł netto, w tym 1 projekcie o profilu podobnym do systemu „Archiwum Cyfrowe”. Prosimy o jasne doprecyzowanie czy Zamawiający miał na myśli udział w roli kierownika projektu czy w roli Głównego Analityka?

Odpowiedź:

Zamawiający miał na myśli udział w roli Głównego Analityka.”

Wskazać należy, iż w orzecznictwie arbitrażowym utrwalił się pogląd, iż wyjaśnienia udzielone wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na zapytania mogą zarazem stanowić modyfikację SIWZ. Natomiast o tym, czy wyjaśnienia treści SIWZ stanowią jej modyfikację, nie decyduje nazwa pisma Zamawiającego oraz powołana w nim podstawa prawna, **ale wyłącznie merytoryczna zawartość pisma.**

Biorąc pod uwagę konieczność poszanowania zasady uczciwej konkurencji i zapewnienie równego traktowania wykonawców przy ubieganiu się o zamówienie publiczne, art. 38 ust. 5 Ustawy **zakazuje Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia.** Tak wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 29.03.2005 r., sygn. Akt UZP/ZO/0-518/05.

Konstrukcja przepisu pkt 5 art. 38 Ustawy pozwala na stwierdzenie, że Zamawiającemu z żadnych powodów nie wolno zmienić warunków podmiotowych dopuszczających wykonawców do udziału w danym postępowaniu o zamówienie publiczne. Cytowany przepis ma na celu również realizowanie postanowień art. 7 Ustawy stwierdzającego, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Podnieść w tym miejscu należy, iż jedną z naczelnych zasad ustawy Prawo zamówień publicznych jest zasada zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Obowiązek przestrzegania w/w zasady spoczywa na Zamawiającym w trakcie przygotowywania postępowania, jak i na każdym etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 3 ustawy z

dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zastosował niedozwoloną modyfikację postanowień SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu. W opracowaniu „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” pod red. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych T. Czajkowskiego – wydanie drugie z 2006 r. (teza nr 6 do art. 38, s. 138) wyjaśniono, że „Jeżeli w postępowaniu protestacyjno-odwoławczym okaże się, iż wspomniane warunki lub kryteria były zmienione, zamawiający jest zobowiązany postępowanie unieważnić”.

Wskazać dodatkowo należy, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego naruszył, ponadto przepis art. 22 ust 2 Ustawy w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu oraz w zakresie określenia wykazu dokumentów wymaganych od wykonawców w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Za takie należy uznać zarówno postawienie wymogu doświadczenia zawodowego w roli kierownika projektu dla Głównego Analityka, jak i postawienie wymogu w Ogłoszeniu w punkcie III.2.1) 1 c) **„Dostawa systemu informatycznego na kwotę min. 3 200 000 PLN netto dla archiwizacji danych zgodnego z normą ISO 14751:2003 Open Archival Information System. System powinien obejmować elementy i procedury opisane w/w normą, ze szczególnym uwzględnieniem funkcji długotrwałego przechowywania danych.”**

Przywołany przez Zamawiającego w punkcie III.2.1) 1 c) Ogłoszenia numer normy (ISO 14751:2003) nie istnieje i tym samym warunek nie może być spełniony. Zapewne Zamawiający opisując przedmiotowy warunek miał na myśli **normę ISO 14721:2003**, niemniej jednak zapis ten również dotyczy warunku udziału w postępowaniu i zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych nie może być modyfikowany.

W zaistniałej sytuacji Protestujący został zmuszony do wniesienia niniejszego protestu, gdyż na tym etapie postępowania nie może dojść do zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego i tym samym Protestujący utracił szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Wskazując na powyższe okoliczności wnosimy o unieważnienie przedmiotowego postępowania, gdyż przepis art. 93 ust. 1 pkt. 7 Ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podnieść w tym miejscu należy, iż przesłanka z ust. 1 pkt 7 art. 93 Ustawy zachodzi wówczas, gdy postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Pomiędzy wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć adekwatny związek przyczynowy. Wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność *ab initio*, a tym samym prawną bezskuteczność.

Z treścią przywołanego powyżej przepisu koresponduje enumeratywne wyliczenie naruszeń postępowania skutkujące nieważnością umowy, dokonane w art. 146 ust. 1 Ustawy, co pozwala na wskazanie m.in. przypadków, w których zachodzi bezwzględna konieczność unieważnienia postępowania. Wśród takich przypadków jest opisana art. 146 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych sytuacja, kiedy w postępowaniu o zamówienie publiczne doszło do naruszenia przepisów określonych w Ustawie, a następnie naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, oraz sytuacja określona art. 146 ust. 1 pkt 5, który odwołuje się do dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem Ustawy. W sytuacji gdy Zamawiający nie unieważni przedmiotowego postępowania, wybór oferty odbędzie się z rażącym naruszeniem przepisów Ustawy. W konsekwencji wybór taki nie mógłby prowadzić do zawarcia ważnej umowy.

Mając powyższe okoliczności na uwadze należy stwierdzić, iż dokonana przez Zamawiającego czynność opisana powyżej została dokonana z naruszeniem przepisów Ustawy.

W tych okolicznościach wniesienie protestu stało się konieczne i zasadne.

Biorąc pod uwagę powyższe, wnoszę jak w petitum.

ARAM Sp. z o.o.
Adam Szulc
Manager ds. Klientów