

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 1 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w dniu 1 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie – Lider konsorcjum, Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – Partner konsorcjum w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Informatyki Resortu Finansów

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt 2538/24 wykonawcy Itrun Consulting sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie;

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść koszty postępowania odwoławczego wzajemnie i nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie – Lider konsorcjum, Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – Partner konsorcjum kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Centrum Informatyki Resortu Finansów wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa sieciowych sprzętowych modułów bezpieczeństwa (Hardware Security Module „HSM”) dla Centrum Informatyki Resortu Finansów”, znak sprawy (sygnatura) Zamawiającego: PN/3/24/IMTV.

W dniu 5 marca 2024 r. zostało opublikowane przedmiotowe zamówienie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: S: 46/2024 134795-2024.

W dniu 8 lipca 2024 r. Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie – Lider konsorcjum, Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – Partner konsorcjum powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Itrun Consulting sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 18 lipca 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając mu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej ustawą Pzp.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec następujących, niezgodnych z ustawą Pzp, czynności (działań i zaniechań) Zamawiającego podjętych w postępowaniu, tj.:

1. Zaniechania odrzucenia oferty ITRun Consulting sp. z o.o.(dalej: „ITRun”) ze względu na niezgodność oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia określonymi w dokumentach zamówienia tj.

a) niezgodności treści oferty z dokumentem -

„Załącznik_do_Zmiany_tresci_SWZ_nr_5_Ujednolicony_OPZ_HSM_22-04-

2024_18.10.33" (dalej: „Załącznik do zmiany treści SWZ nr 5”), pkt. 3.6 OPZ, poz.

12 tabeli:

□ co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp;

b) niezgodności treści oferty z Załącznikiem do zmiany treści SWZ nr 5 pkt. 3.6 OPZ, poz. 5, 18 tabeli:

□ co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp;

c) niezgodności treści oferty z Załącznikiem do zmiany treści SWZ nr 5 pkt. 3.6 OPZ, poz. 16 tabeli:

- co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp;

2. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty ITRun jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, mimo, iż ITRun nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia (zdolności technicznej lub zawodowej), gdyż wskazane w wykazie wykonanych dostaw (Rozdział 3: Formularz 3.6) dostawy nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w Postępowaniu

- co w efekcie stanowiło naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) w zwz. z art. 116 oraz art. 124 i 128 ust. 1 ustawy Pzp;

3. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez ITRun, mimo, że oferta tego wykonawcy nie jest najkorzystniejszą w Postępowaniu i winna podlegać odrzuceniu;

□ co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp;

W związku z opisanymi powyżej naruszeniami oraz zgodnie z dyspozycją art. 516 ust. 1 pkt 9) ustawy Pzp, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty ITRun z dnia 8 lipca 2024 r.;

2. przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert;

3. odrzucenie oferty ITRun ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia;

4. wyboru jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty Pentacomp.

Ponadto, Odwołujący wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Itrun Consulting sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Izba zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 568 pkt. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Pismem z dnia 29 lipca 2024 r. Zamawiający działając na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp udzielił odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 2536/24 (połączona do rozpoznania z obecnie rozpoznawaną sprawą KIO 2538/24) oświadczając, że uwzględni zarzut nr 2 podniesiony w odwołaniu wniesionym przez Esysco sp. z o.o. i z uwagi na ewentualność wskazanego przez Esysco sp. z o.o. zarzutu nr 1, w konsekwencji, uwzględni w całości odwołanie wniesione przez Esysco sp. z o.o.

Zadeklarował również, że zgodnie z żądaniem Esysco sp. z o.o. dokona unieważnienia postępowania, w którym wniesione zostało odwołanie.

Jednocześnie Izba ustaliła, że pismem z dnia 29 lipca 2024 r. Zamawiający przed wyznaczoną rozprawą złożył wniosek na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp o umorzenie postępowania odwoławczego toczącego się w sprawie o sygn. akt KIO 2538/24 motywując, że w dniu 29 lipca 2024 r. Zamawiający, zgodnie z żądaniem podniesionym w odwołaniu wniesionym przez Esysco sp. z o.o. (postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2536/24) dokonał unieważnienia postępowania, w którym wniesione zostało odwołanie.

Zamawiający wskazał, że w konsekwencji, przedmiotowe postępowanie odwoławcze stało się z innej przyczyny zbędne.

Izba stwierdziła również, że Zamawiający pismem z dnia 29 lipca poinformował wykonawców, „... że unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę sieciowych, sprzętowych modułów bezpieczeństwa (Hardware Security Module, „HSM”) dla Centrum Informatyki Resortu finansów, n/postępowania: PN/3/24/IMTV, dalej:

„Postępowanie”.

Uzasadnienie faktyczne:

W dniu 18 lipca 2024 r. Wykonawca Esysco sp. z o.o. złożył odwołanie wobec zaniechania odrzucenia ofert wykonawców ITRun Consulting sp. z o.o. oraz konsorcjum firm Pentacomp

Systemy Informatyczne S.A. – Lider Konsorcjum i Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. – Partner Konsorcjum, w sytuacji gdy treść ofert tych wykonawców jest niezgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji niezasadne dokonanie wyboru oferty złożonej przez ITRun Consulting sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w sytuacji gdy wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu, co w konsekwencji powinno prowadzić do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym przeprowadzeniu postępowania w sposób sprzeczny z zapewnieniem zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasadą przejrzystości.

Wyjaśnić należy, że w pkt 3.6. poz. 8 opisu przedmiotu zamówienia, dalej: „OPZ” Zamawiający wymagał, aby urządzenie HSM posiadało możliwość przechowywania i operowania na wielu kluczach jednocześnie (co najmniej 1000). Zamawiający dopuścił osiągnięcie funkcjonalności poprzez dostarczenie rozwiązania, które przechowuje klucze kryptograficzne poza urządzeniem HSM, z uwzględnieniem zapewnienia przez Wykonawcę wszystkich niezbędnych komponentów do osiągnięcia funkcjonalności. Jednocześnie w pkt 3.6. poz. 18 OPZ Zamawiający wskazał, że urządzenie HSM musi posiadać wydajność co najmniej 1000 podpisów na sekundę kluczem RSA o długości 2048 bitów, oraz 2000 podpisów kluczem ECC P256.

Zamawiający przyjął, że wymaganie z pkt 3.6. poz. 8 i 18 OPZ należy czytać łącznie tzn., że urządzenie HSM operujące na wielu kluczach jednocześnie ma posiadać wymaganą i opisaną w pkt 3.6. poz. 18 OPZ wydajność. Niemniej, połączenie postawionych przez Zamawiającego warunków z pkt 3.6. poz. 8 i 18 OPZ powoduje, że na rynku nie istnieją urządzenia HSM, które te wymagania mogłyby spełnić. Urządzenie, które mogłoby osiągnąć wynik 1000 podpisów na sekundę za pomocą 1000 różnych kluczy kryptograficznych cechowałoby się wydajnością rzędu 1 000 000 podpisów na sekundę przy użyciu klucza RSA o długości 2048 bitów. Z wiedzy Zamawiającego wynika, że obecnie żaden z producentów nie oferuje tak zaawansowanych technologicznie urządzeń HSM. Tym samym, Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia określił wymagania wobec urządzeń HSM, których żaden z wykonawców biorących udział w Postępowaniu nie mógł spełnić.

Nadmienić należy, że powyższe informacje Zamawiający powziął z treści wniesionego przez Esysco sp. z o.o. odwołania oraz z przedłożonej w trakcie postępowania odwoławczego przez tego wykonawcę opinii technicznej.

W konsekwencji, opisane przez Zamawiającego wymagania z pkt 3.6. poz. 8 i 18 były z jednej strony niejednoznaczne ponieważ nie wskazywały, że należy je czytać łącznie, z drugiej zaś strony stały się niemożliwe do spełnienia przez wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r. poz. 1061) niemożliwość świadczenia musi mieć charakter obiektywny, pierwotny i trwały. Świadczenie jest obiektywnie niemożliwe, jeśli nie może go spełnić nie tylko dłużnik ale każda inna osoba. W stanie faktycznym Postępowania wykonanie przedmiotu zamówienia jest obiektywnie niemożliwe, ponieważ żaden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie dysponuje urządzeniami spełniającymi wymagania Zamawiającego, co zostało potwierdzone powyżej. O niemożliwości pierwotnej (uprzedniej) mówimy w przypadku, gdy niemożliwość świadczenia istnieje już w chwili zawarcia umowy, z czym mielibyśmy do czynienia w ramach Postępowania. Omawiana niemożliwość świadczenia ma również charakter trwały.

Tym samym, Zamawiający opisując przedmiot zamówienia wskazał na wymagania, których żaden z wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie jest w stanie spełnić. Prowadzone zatem przez Zamawiającego Postępowanie podlega unieważnieniu z uwagi na jego niemożliwość, na tym etapie, do usunięcia wadę.

Uzasadnienie prawne:

Przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podkreślenia wymaga, że na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie jest uprawniony do zmiany określonych w OPZ wymagań. Jednocześnie wymagania te powodują, że prowadzone przez Zamawiającego

Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”.

Biorąc pod uwagę powyższe stanowiska Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie i z wniosku, a także czynność unieważnienia przetargu, dzieląc w tym względzie argumentację Zamawiającego i wobec tego Izba uznała, że niniejsze postępowanie odwoławcze stało się zbędne z powodu jego unieważnienia.

W związku z powyższym należy wskazać, że dyspozycja przepisu art.568 pkt 2 ustawy Pzp przewiduje, że Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Według zapatrywania Izby – dalsze prowadzenie tego postępowania odwoławczego jest zbędne z powodu unieważnienia przez Zamawiającego przedmiotowego przetargu, co oznacza, że nie ma już bytu prawnego zaskarżonych odwołaniem czynności, a także brak jest już sporu pomiędzy stronami.

W przekonaniu Izby - sytuacji tej nie zmienia okoliczność, że Przystępujący zgłosił pismem z dnia 30 lipca 2024 r. sprzeciw przeciwko umorzeniu tego postępowania nie podając podstawy prawnej swojego wniosku, w warunkach gdy w tej sprawie Zamawiający nie uwzględnił odwołania, a zatem nie mógł mieć zastosowania przepis art.523 ustawy Pzp.

Jednocześnie, wymaga wskazania, że treść sprzeciwu zgłaszającego przystąpienie w okolicznościach unieważnienia przetargu z powodu możliwości wystąpienia istotnej wady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego budzi poważne wątpliwości co do tego czy uczestnik w ogóle ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego w rozumieniu art.525 ust.1 ustawy Pzp, skoro interesem Zamawiającego w chwili obecnej jest doprowadzenie do wyeliminowania z obrotu prawnego wadliwej procedury.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść przepisu art.574 i 576 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania .

Ze wskazanych przepisów wynika w sposób jednoznaczny, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, zgodnie z art.568 pkt 2 ustawy, koszty znosi się wzajemnie.

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.568 pkt 2 w związku z art. 553 zd.2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

.....

.....