

Sygn. akt: KIO/UZP 1180/09

WYROK
z dnia 1 października 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ISOLUTION Dziemidowicz, Medyński, Mikołajczyk Sp. J., 01-360 Warszawa, ul. Człuchowska 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2/4** protestu z dnia 8 sierpnia 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża ISOLUTION Dziemidowicz, Medyński, Mikołajczyk Sp. J., 01-360 Warszawa, ul. Człuchowska 9

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ISOLUTION Dziemidowicz, Medyński, Mikołajczyk Sp. J., 01-360 Warszawa, ul. Człuchowska 9,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **ISOLUTION Dziemidowicz, Medyński, Mikołajczyk Sp. J., 01-360 Warszawa, ul. Człuchowska 9** na rzecz **Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2/4** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ISOLUTION Dziemidowicz, Medyński, Mikołajczyk Sp. J., 01-360 Warszawa, ul. Człuchowska 9.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Ministerstwo Rozwoju Regionalnego prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostarczenie i wdrożenie Lokalnego Systemu Informatycznego LSI oraz świadczenie usług jego utrzymania, rozwoju oraz administrowania”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 czerwca 2009 roku o numerze 2009 / S 110 - 159223.

Pismem z dnia 23 lipca 2009 roku odwołujący - Isolution Dziemidowicz, Medyński, Mikołajczyk Spółka Jawna, złożył protest na czynności i zaniechania zamawiającego związane z wyjaśnieniami z dnia 16 i 17 lipca 2009 r., zarzucając naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie w jakim zamawiający nie zapewnił równego traktowania Wykonawców;
2. art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie w jakim zamawiający w trakcie publikacji wyjaśnienia ujawnił źródło zapytania (wyjaśnienia z dnia 16 lipca 2009 roku).

3. art. 38 ust 4a pkt 2 ustawy Pzp, w zakresie w jakim wyjaśnienia zamawiającego z dnia 17 lipca 2009 r. (pyt. 20) zmieniają Specyfikację Istotnych Warunków zamówienia, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu;

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w dniu 16 lipca 2009 roku przez umieszczenie na stronie internetowej pliku w formacie PDF, będącego odpowiedzią na 43 pytania, zamawiający ujawnił do publicznej wiadomości źródło zapytań, wskazując na wykonawców: Isolution Spółki Jawnej, Transition Technologies S.A., oraz Wola Info S.A.

Działanie takie, w jego ocenie, stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 oraz 38 ust. 2 ustawy Pzp, który *expresis verbis* zakazuje ujawniania źródła zapytania. Czynność ta, zdaniem odwołującego, mogła mieć wpływ na wynik rozstrzygnięcia postępowania. Powzięcie informacji przez innych wykonawców o tym, kto bierze udział w przedmiotowym postępowaniu, będąc jednocześnie jego anonimowym uczestnikiem leży w sprzeczności z równym dostępem do informacji i jest sprzeczne z art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, który zabrania takiego działania.

Odwołujący wskazał, że ewentualne podpisanie umowy może prowadzić do naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 1, 5 i 6 ustawy Pzp, Ponadto w świetle art. 58 § 1 kodeksu cywilnego czynność zamawiającego jako sprzeczna z ustawą skutkuje bezwzględną nieważnością.

W odniesieniu do wyjaśnień z dnia 17 lipca 2009 roku, odwołujący podniósł, że zamawiający odpowiadając na pytanie 20 dokonał modyfikacji siwz, która winna skutkować przekazaniem Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich sprostowania, czego zamawiający zaniechał. Zaniechanie to stanowi obrazę art. 38 ust. 4 a pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że odpowiedź zamawiającego z dnia 17 lipca (pytanie 20) dotyczyła wymagań, jakie musi posiadać kierownik projektu, określonych w sekcji III p.2.3.2 ogłoszenia. Zamawiający wyjaśnił, że cyt. „Systemem klasy odpowiedniej będzie każdy system zarządczy, który stopniem swojego skomplikowania będzie podobny do LSI, tj. będzie przeznaczony do obsługi minimum kilku różnych procesów, między którymi istnieją współzależności z możliwością generowania raportów, statystyk. a także współdziałania z innymi systemami”.

Analizując treść wymogu opublikowanego w ogłoszeniu oraz udzielone wyjaśnienia, wskazał, że, nie każdy zintegrowany system informatyczny wsparcia zarządzania musi współdziałać z innymi systemami, generować raporty, czy statystyki. Zatem dokonana przez zamawiającego zmiana stanowi zmianę siwz i winna pociągać za sobą sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący w konkluzji wskazał na nieusuwalną wadę postępowania, która powoduje że ewentualna umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie nieważna.

Zamawiający w dniu 3 sierpnia 2009 roku protest oddalił, wskazując że w treści pytań i odpowiedzi z dnia 16 lipca 2009 roku nie znalazły się informacje wskazujące na źródło zadanych pytań. Sama nazwa plików, wskazana przez odwołującego nie może być utożsamiana z podaniem nazwy wykonawcy zadającego pytanie, ponadto sam odwołujący wskazuje że dla powzięcia informacji o wykonawcach zadających pytania konieczne jest „rozszyfrowanie” nazwy pliku. W odniesieniu do odwołującego nie można mówić o bezprawnym ujawnieniu nazwy, sam odwołujący ujawnił się jako zainteresowany tym postępowaniem składając w dniu 25 czerwca 2009 roku protest, którego kopię zamawiający zamieścił na stronie internetowej, zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Wobec powyższego rzekome ujawnienie danych w dniu 16 lipca, w sytuacji ujawnienia tej informacji już w czerwcu nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Rzekome ujawnienie nazwy odwołującego nie uniemożliwiło złożenia mu oferty w przedmiotowym postępowaniu, a dwaj pozostali wykonawcy, których nazwy rozszyfrował także złożyli oferty i nie przyłączyli się do postępowania protestacyjnego.

Zamawiający wskazał, że udzielone wyjaśnienia były odpowiedzią na pytanie o doprecyzowanie co zamawiający rozumie przez system klasy odpowiedniej do oferowanego systemu. Mimo iż system LSI, będący przedmiotem niniejszego postępowanie, niewątpliwie ma być zintegrowanym systemem wsparcia zarządzania, pojęć tych, w omawianym przypadku, nie można ze sobą utożsamiać. Wyjaśnienie udzielone przez Zamawiającego dotyczyło więc konkretnego systemu - systemu klasy odpowiedniej do LSI - szczegółowo opisanego w załączniku nr 1 do SIWZ, a nie, jak próbuje sugerować odwołujący, dowolnego systemu klasy podobnej do zintegrowanego systemu wsparcia zarządzania, a tylko w takim wypadku mogłaby być mowa o zmianie zapisów SIWZ. Wymaganie dotyczyło bowiem konkretnego systemu (systemu klasy odpowiedniej do oferowanego systemu), co do którego wymagania zostały zawarte w SIWZ, a nie dowolnego zintegrowanego systemu informatycznego wsparcia zarządzania.

Zamawiający wskazał, powołując się na Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych W. Kopalińskiego, Warszawa 2000 r. s.333, że pojęcie "modyfikacja" oznacza zmianę, przeróbkę, poprawkę, odmianę, przekształcenie. Natomiast w rozpatrywanym przypadku pierwotny warunek postawiony w SIWZ nie uległ zmianie, nie został przerobiony, poprawiony, odmieniony czy przekształcony. Zamawiający wyjaśnił jedynie pytającemu, co rozumie przez system klasy odpowiedniej. System, który ma zostać zaoferowany przez wykonawców, został przez Zamawiającego precyzyjnie opisany w załączniku nr 1 do SIWZ "Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia". Natomiast udzielona wykonawcy odpowiedź jest jedynie krótką charakterystyką systemu będącego przedmiotem zamówienia,

zamieszczoną na potrzeby udzielenia odpowiedzi wykonawcy, która nie może być uznana za zmianę czy poprawienie treści siwz czy też jej modyfikację. W związku z tym zamawiający nie miał obowiązku przekazywania sprostowania ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W ocenie zamawiającego, odwołujący, na którym spoczywa ciężar udowodnienia, nie przedstawił żadnych dowodów że podjęte przez zamawiającego działania i zaniechania pociągają za sobą konieczność unieważnienia postępowania.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego, odwołujący w dniu 11 sierpnia 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień, podtrzymując zarzuty zawarte w proteście i wnosząc o unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu tego samego dnia.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego postępowania, ogłoszenia oraz udzielonych wyjaśnień a także po wysłuchaniu stanowisk stron, zgłoszonych do protokołu rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 187 ust.4 ustawy pzp, których uwzględnienie skutkowałoby koniecznością odrzucenia odwołania i rozpoznała merytorycznie zgłoszone zarzuty.

Rozważając kwestię interesu prawnego do wniesienia środków ochrony prawnej, skład orzekającego Izby, stwierdził, że odwołujący jako podmiot, którego żądanie objęte protestem i odwołaniem sprowadza się wyłącznie do wniosku o unieważnienie postępowania, nie posiada interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny jest materialnoprawną przesłanką wniesienia odwołania, podlegającą obligatoryjnie ocenie Izby w trakcie rozprawy.

W rozpatrywanym stanie faktycznym odwołujący, wskazując na naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp ograniczył swój wniosek jedynie do żądania unieważnienia postępowania, oceniając że charakter wad jakimi obarczone jest postępowanie powoduje, że nie jest możliwe usunięcie zaistniałych wad a unieważnienie postępowania jest w tych okolicznościach jedynym możliwym żądaniem. Ponadto bezspornym jest, że oferta odwołującego nie jest już zabezpieczona wadium, a zatem odwołujący przestał być uczestnikiem przedmiotowego postępowania. Sam odwołujący przyznał w trakcie rozprawy, że nie może już uzyskać zamówienia w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne.

W ocenie Izby, nie można przypisać istnienia interesu prawnego, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowi, który nie jest uczestnikiem postępowania i dąży wyłącznie do unieważnienia postępowania. Zgodnie z brzmieniem wyżej wskazanego przepisu ustawy dla zaistnienia przesłanki interesu prawnego należy wykazać doznanie lub możliwość doznania uszczerbku prawnego w uzyskaniu zamówienia publicznego w konkretnym postępowaniu. Zatem bezsprzecznie celem składanych środków ochrony prawnej winno być dążenie do uzyskania zamówienia publicznego w postępowaniu, którego ten środek dotyczy a nie powoływanie się na uzyskanie zamówienia w postępowaniu przyszłym i niepewnym. Interes prawny należy odnosić do konkretnego postępowania o zamówienie publiczne i nie może być on oceniany pod kątem ewentualnego i niepewnego udziału Odwołującego się w przyszłym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie publiczne. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 marca 2006 roku, Sygn. akt V Ca 2402/05, w którym wskazano, że „jeżeli wykonawca żąda unieważnienia postępowania, oznacza to, że przyjął on, że jego oferta nie może być uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, nie ma zatem interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia”.

Biorąc pod uwagę powyższe, odwołanie jako złożone przez podmiot nie legitymujący się interesem prawnym w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego, podlega oddaleniu.

Niezależnie od potwierdzenia się przesłanki do oddalenia odwołania, skład orzekający Izby rozpatrzył zarzuty protestu i odwołania i zważył co następuje:

W zakresie zarzutu dotyczącego ujawnienia nazw podmiotów, kierujących zapytania do siwz i naruszenia art. 38 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba ustaliła, że bezspornym między stronami jest, że na stronie internetowej zamawiającego zostały zamieszczone „wyjaśnienia i zmiany treści siwz z dnia 16 lipca 2009 roku” wraz z plikiem w formacie PDF.

Istotnie po rozwinięciu pliku na pasku ukazuje się informacja „wyjaśnienia_isolution_Transition_Wola_Info_20090716.pdf”.

Izba zważyła, że w rozpatrywanym stanie faktycznym niewątpliwym jest, że zamawiający przez takie określenie nazwy pliku ujawnił, choć niepełne ale łatwe do identyfikacji nazwy wykonawców, którzy zadali pytania do siwz, czym naruszył dyspozycję art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Powołaną przez odwołującego przesłankę unieważnienia postępowania określoną w art. 93 ust. 1 pkt 7 należy rozważać w kontekście art. 146 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym sankcją nieważności umowy objęte jest wyłącznie takie naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania.

Oceniając skutek naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w rozpatrywanych okolicznościach sporu, Izba zważyła że naruszenie to nie mogło i w rzeczywistości nie miało wpływu na wynik przedmiotowego postępowania. Działanie zamawiającego nie utrudniło złożenia mu oferty w niniejszym postępowaniu a ponadto, co istotne, odwołujący na którym spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności, z których wywodzi skutki prawne (art. 6 k.c.) nie wykazał, że bezprawne ujawnienie źródła zapytania stawiało w tym konkretnym stanie faktycznym innych wykonawców w sytuacji uprzywilejowanej w stosunku do odwołującego czy stanowiło naruszenie uczciwej konkurencji. Zatem ujawnienie nazw podmiotów zadających pytania do siwz w dniu 16 lipca 2009 roku, jakkolwiek zabronione przez przepisy ustawy Pzp, w rozpatrywanym stanie faktycznym nie pociąga za sobą skutku w postaci unieważnienia postępowania, tym bardziej, że informacja o zainteresowaniu udziałem w postępowaniu odwołującego była podana do publicznej wiadomości już w czerwcu przez umieszczenie na stronie internetowej protestu złożonego przez odwołującego.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku przekazania sprostowania ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich o dokonanej zmianie treści siwz, Izba zważyła, że w odpowiedzi na pytanie nr 20 dotyczące wyjaśnienia warunku określonego w Rozdział IV pkt I ppkt 1.2.b) SIWZ oraz w sekcji III. 2.3 ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający wyjaśnił, że cyt. „Systemem klasy odpowiedniej będzie każdy system zarządczy, który stopniem swojego skomplikowania będzie podobny do LSI, tj. będzie przeznaczony do obsługi minimum kilku różnych procesów, między którymi istnieją współzależności, z możliwością generowania raportów, statystyk, a także współdziałania z innymi systemami. Zdaniem Izby czynność zamawiającego z dnia 17 lipca 2009 roku, jest wyłącznie wyjaśnieniem treści warunku udziału w postępowaniu podanego w siwz i ogłoszeniu i nie stanowi modyfikacji jego treści. Dowodzi tego choćby treść zapytania, gdzie wykonawca prosi o doprecyzowanie, co Zamawiający rozumie przez system klasy odpowiedniej do oferowanego systemu. W ocenie Izby, zamawiający w dniu 17 lipca jedynie doprecyzował, odpowiadając na pytanie jednego z wykonawców, co rozumie pod pojęciem system klasy odpowiedniej do oferowanego systemu. Użycie przez zamawiającego sformułowania „system klasy odpowiedniej” a nie, jak wskazał w treści ogłoszenia o zamówieniu i siwz „system klasy podobnej” nie świadczy, o tym, że udzielone odpowiedzi na pytania są modyfikacją a nie wyjaśnieniami treści siwz, tym bardziej że sformułowania te są synonimami i mają identyczne znaczenie.

Wobec uznania przez Izbę, że odpowiedzią na pytania z dnia 17 lipca zamawiający nie dokonał modyfikacji treści siwz, a jedynie jej wyjaśnienie i doprecyzowanie, niezasadne jest zastosowanie przepisu art. 38 ust. 4 a pkt 2 ustawy Pzp, który obliuguje zamawiającego do

przekazania informacji o sprostowaniu ogłoszenia wyłącznie w sytuacji, gdy zmiana treści siwz prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. W zaistniałych okolicznościach faktycznych sprawy konieczność zastosowania art. 38 ust. 4 a pkt 2 ustawy Pzp nie zachodzi.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.)

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....