

Sygn. akt: KIO/UZP 1813/09

WYROK
z dnia 8 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Klaudia Szczytowska - Maziarz
Członkowie:	Małgorzata Stręciwilk Ryszard Tetzlaff
Protokolant:	Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Schmid Telecom Polska Sp. z o.o., 03-872 Warszawa, ul. Zabraniecka 8** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polską Agencję Żeglugi Powietrznej, 02-147 Warszawa, ul. Wieżowa 8** protestu z dnia 13 listopada 2009 r.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia odnośnie sformułowania warunku udziału wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie niezbędnego doświadczenia, poprzez zmniejszenie wartości uprzednio wykonanych dostaw do 3 mln zł netto,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Polską Agencję Żeglugi Powietrznej, 02-147 Warszawa, ul. Wieżowa 8**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Schmid Telecom Polska Sp. z o.o., 03-872 Warszawa, ul. Zabraniecka 8,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Polską Agencję Żeglugi Powietrznej, 02-147 Warszawa, ul. Wieżowa 8** na rzecz **Schmid Telecom Polska Sp. z o.o., 03-872 Warszawa, ul. Zabraniecka 8,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Schmid Telecom Polska Sp. z o.o., 03-872 Warszawa, ul. Zabraniecka 8.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na zakup zintegrowanego systemu komunikacji głosowej VCS, wykonawca - Schmid Telecom Polska Sp. z o. o., zwany dalej protestującym lub odwołującym - złożył protest, a następnie odwołanie na:

1. treść ogłoszenia o zamówieniu oraz na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), tj. na treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wymogu, aby wartość każdej z trzech dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia wynosiła co najmniej 10 mln zł netto,
2. treść ogłoszenia o zamówieniu oraz na treść SIWZ, ustalających termin składania ofert na dzień 09.12.2009 r. jako termin zbyt krótki i nieodpowiedni do przygotowania oferty z należytą starannością,

zarzucając zamawiającemu - Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej, naruszenie art. 7 ust. 1, art. 9, ust. 3, art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 2, art. 27, art. 32 ust. 1 ustawy z dnia z dnia

29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Protestujący zażądał modyfikacji postanowień SIWZ, poprzez rezygnację z określania wartości dostaw, ewentualnie określenie tej wartości w wysokości „co najmniej 3 mln zł netto” oraz przedłużenia terminu składania ofert o co najmniej 14 dni.

Wykazując swój interes prawny protestujący wskazał, że rozważa złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu sam lub w konsorcjum z wykonawcą zagranicznym Schmid Telecom AG z siedzibą w Szwajcarii. Podał nadto, że jego interes prawny wyraża się w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19.12.2007 roku, sygn. akt V Ca 2506/07).

W uzasadnieniu protestu podniósł, że określony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu mający potwierdzać posiadanie przez wykonawców niezbędnego doświadczenia jest warunkiem nadmiernym, nieadekwatnym do przedmiotu zamówienia, a tym samym warunkiem naruszającym uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, ponieważ prowadzi do bezpodstawnego wyeliminowania z udziału w postępowaniu tych wykonawców, którzy wykonali dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, lecz którzy wskutek zastosowanych przez siebie nowatorskich rozwiązań byli w stanie wykonać te dostawy za ceny niższe od założonych przez zamawiającego. Podał, że rynkowa wartość systemów komunikacji głosowej VCS wynosi około 3 - 4 mln zł.

Stwierdził, że jeżeli zamawiający dokonał oszacowania wartości przedmiotu zamówienia w innej - wyższej wartości, to oznacza to konieczność weryfikacji tego szacunku celem należytego oszacowania wartości zamówienia w zgodzie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazał, że wprowadzenie do warunku minimalnej wartości jednej dostawy w kwocie 10 mln zł netto eliminuje protestującego z udziału w postępowaniu nawet w przypadku wzięcia udziału wspólnie z innym wykonawcą - który mimo swojego bogatego doświadczenia w dostawach zintegrowanego systemu komunikacji głosowej VCS i rękojmi należytego wykonania zamówienia nie sprostą tak dyskryminującemu warunkowi.

Odnosząc się do zbyt krótkiego terminu składania ofert protestujący podniósł, że biorąc pod uwagę specyfikę zamówienia, wyznaczony przez zamawiającego minimalny - ustawowo określony na 40 dni - termin składania ofert jest czasem zbyt krótkim i niewystarczającym do przygotowania i złożenia oferty, zwłaszcza wobec nie wyrażenia przez zamawiającego zgody na złożenie oferty i/lub innych dokumentów w języku angielskim oraz wobec obszerności dokumentacji, którą mają złożyć wykonawcy. W gorszej sytuacji w stosunku do polskich wykonawców znajdują się wykonawcy zagraniczni - czy to ubiegający się o przedmiotowe zamówienie samodzielnie czy też (jak to jest rozważane w tym przypadku) jako współwykonawcy w ramach konsorcjum.

Zamawiający w powyższym zakresie protest oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający wyjaśnił, iż przedmiotem zamówienia jest nabycie systemu komunikacji głosowej VCS, który jest podstawowym systemem bezpieczeństwa wykorzystywanym w kontroli ruchu lotniczego, kluczowym narzędziem realizacji przez zamawiającego jego zadań określonych w ustawie o Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej, w konsekwencji czego zamawiający realizując swoje ustawowe obowiązki odpowiada nie tylko za bezpieczeństwo przewoźników oraz zdrowie i życie pasażerów, ale również bezpieczeństwo państwa w czasie pokoju oraz w czasie wojny i stanu wojennego (zamawiający staje się wówczas częścią systemu obrony powietrznej kraju i podlega Ministrowi Obrony Narodowej).

Zamawiający stwierdził, że uwzględniając własne potrzeby, specyfikę przedmiotu zamówienia oraz własną wiedzę i doświadczenie, jak też głęboką znajomość rynku, oszacował wartość przedmiotu zamówienia w pełnej zgodności z art. 32 ustawy Pzp. Protestujący, zaś, w sposób całkowicie nieuprawniony, kwestionując prawidłowość tego działania, wkracza w sferę uprawnień zamawiającego nakazując mu „konieczność weryfikacji dokonanego szacunku”.

Zamawiający wskazał także, że ustalił warunki udziału w postępowaniu, w tym kwestionowany warunek doświadczenia, wyłącznie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i jego oszacowanej wartości, co pozostaje w zgodzie zarówno z dyspozycją art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak też Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Podniósł, że ma możliwość określenia warunków udziału w postępowaniu tak, aby zapewnić udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy gwarantującemu dostawę przedmiotu zamówienia żądanego przez zamawiającego tj. realizującego jego potrzeby. Powołując się na doktrynę oraz orzecnictwem stwierdził, że ma swobodę kształtowania warunków, jakie muszą spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, biorąc pod uwagę charakter zamówienia.

Odnosnie wyznaczenia zbyt krótkiego terminu składania ofert zamawiający wskazał, że niezgodna z prawdą jest argumentacja protestującego, iż wydłużenie terminu składania ofert jest konieczne, albowiem celem przygotowania oferty wykonawca zobowiązany jest dokonywać tłumaczeń dokumentów z języka angielskiego na język polski.

Zamawiający wskazał na Rozdział XI pkt 7 i 8, zgodnie z którym dokumenty sporządzone w języku obcym, wykonawca musi złożyć wraz z tłumaczeniem na język polski z zastrzeżeniem treści punktu 8, zgodnie z którym zamawiający wyraża zgodę na złożenie oferty lub załączników do niej w języku powszechnie używanym w handlu międzynarodowym (tj. w języku angielskim).

W odwołaniu odwołujący podtrzymał zarzuty, żądania i argumentacje zawartą uprzednio w proteście.

Dodatkowo wskazał, że określenie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu powinno mieć na celu ustalenie faktycznej zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, tj. ustalenie, że wykonawca posiada wystarczającą wiedzę i doświadczenie do zrealizowania zamówienia. Każde odstępianie od wyżej wymienionej zasady, poprzez formułowanie warunków nadmiernych (nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia) należy uznać za działanie niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów. Podkreślił, że zamawiający nie dysponuje nieograniczoną swobodą kształtowania warunków i kryteriów pozwalających dokonać mu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Podniósł, że postawione przez zamawiającego nieuzasadnione warunki udziału w postępowaniu ograniczają krąg podmiotów mogących uczestniczyć w postępowaniu i prowadzą do sytuacji, w której prawdopodobnie tylko dostawca obecnego systemu jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienia, a konkurencja jest iluzoryczna.

Jako nieuprawnione uznał twierdzenie zamawiającego, że w stosunku do podmiotów niespełniających postawionych przez zamawiającego kryteriów zachodziło prawdopodobieństwo, że nie będą w stanie zrealizować zamówienia.

Ocenił, że zamawiający narusza równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem potencjalnych wykonawców. Powodem dla ustalenia niekonkurencyjnych warunków udziału w postępowaniu nie może być również fakt, że system komunikacji głosowej VCS jest podstawowym systemem bezpieczeństwa wykorzystywanym w ruchu lotniczym, ponieważ nawet sytuacja, w której przedmiot zamówienia jest ważnym narzędziem w realizacji ustawowych zadań zamawiającego nie zwalnia go z obowiązku stosowania przepisów prawa.

Odnosnie wyznaczonego terminu składania ofert dodatkowo podniósł, że oprócz dokumentów, które wykonawcy są zobowiązani złożyć na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wchodzi wiele innych dokumentów, np. szczegółowy opis funkcjonalno - techniczny wraz z schematami blokowymi i rysunkami technicznymi, specyfikacje techniczne wszystkich elementów wchodzących w skład systemu komunikacji głosowej VCS i systemu testowego VCS, metryce zgodności z wymaganiami funkcjonalno - technicznymi, szczegółowe specyfikacje cenowe, których przygotowanie i skompletowanie jest długotrwałe i pracochłonne.

Na podstawie ogłoszenia o zamówieniu z dnia 30.10.2009 r. (2009/S 210-301742 - dostawy), SIWZ, pisma zamawiającego kierowanego do wszystkich potencjalnych wykonawców (znak: AZP-224-108-09/3512/RR/2009) z dnia 23.11.2009 r., oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu oraz w toku rozprawy, a nadto na podstawie dokumentów wraz z tłumaczeniem przysięgłym, przedłożonych przez odwołującego na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutów, że zamawiający bezprawnie ustalił nadmierny, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia warunek udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia wykonawcy oraz wyznaczył zbyt krótki termin składania ofert, który uniemożliwia przygotowanie i złożenie oferty, doprowadziłoby do zobowiązania zamawiającego do dokonania modyfikacji postanowień ogłoszenia i SIWZ, co oznaczałoby dla odwołującego szansę na złożenie oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut odnośnie postawienia zbyt rygorystycznego warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców potwierdził się.

Odwołujący zakwestionował warunek udziału w postępowaniu wskazany w sekcji III.2.1) 2.a) ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziale V pkt 1a SIWZ w zakresie niezbędnego doświadczenia, zgodnie z którym o zamówienie może ubiegać się jedynie wykonawca, który w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 3 dostawy odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia, przy czym zamawiający sprecyzował, że przez dostawę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia rozumie zamówienie polegające na dostawie, instalacji i uruchomieniu operacyjnym (gdzie pod pojęciem tym rozumie się, że system już pracuje czynnie w kontroli ruchu lotniczego) jednego systemu komunikacji głosowej VCS co najmniej 60-cio stanowiskowego o wartości co najmniej 10 mln zł netto.

Zamawiający opisał zamawiany przez siebie zintegrowany system komunikacji głosowej VCS w załączniku nr 1 do SIWZ.

W pkt. 1 tego opisu - „Konfiguracja systemu VCS” - w zestawieniu tabelarycznym, zawierającym 14 pozycji, zamawiający określił podstawowe elementy techniczne nabywanego systemu, niezbędne ze względu na funkcjonalność rozwiązania.

Na miejscu pierwszym zamawiający wyspecyfikował „stanowiska operatorskie” w liczbie „85”.

W kolejnych pozycjach znalazły się: panele przyłączeniowe do słuchawek (170), głośniki (170), słuchawki nagłowne (350), mikrofony (85), przyciski nożne (85), analogue telephone lines Q.23/LB (70), analogue telephone lines PABX/PSTN (70), analogue telephone lines 4-wire MFC (35), analogue radio channels (150), ATS-QSIG lines (30), stanowiska TMCS (2) oraz urządzenie umożliwiające równoległą pracę obecnie pracującego systemu VCS i dostarczonego systemu (1).

Literalne brzmienie spornego warunku jednoznacznie eksponuje jeden z w/w podstawowych elementów technicznych, tj. stanowiska operatorskie.

W ocenie Izby oznacza to konieczność przyjęcia, że podobieństwo dostaw uprzednio zrealizowanych przez chcących wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu przetargowym wykonawców do systemu obecnie zamawianego przez Polską Agencję Żeglugi Powietrznej sprowadza się do systemu komunikacji głosowej VCS o 60 - ciu stanowiskach.

Odpowiednio zatem do tego rozumienia podobieństwa dostaw zamawiający winien wskazać wartość uprzednio wymaganych dostaw.

Na rozprawie zamawiający szczególnie podkreślał, że zamawiany system wymaga konfiguracji na jego indywidualne potrzeby, jest systemem jemu dedykowanym, stąd wartość szacunkowa zamówienia uwzględnia ową specyfikę. Izba w żadnej mierze nie kwestionuje, że wartość szacunkowa zamówienia winna uwzględniać specyfikę danego zamówienia.

Jednak przy konstruowaniu warunku udziału wykonawcy w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia należy bezwzględnie odróżnić wartość szacunkową specyficznego zamówienia, które stanowi przedmiot postępowania przetargowego od wartości dostaw podobnych, uprzednio wykonywanych.

Skoro w przedmiotowym postępowaniu przetargowym zamawiający podobieństwo dostaw sprowadził do sześćdziesięciu stanowisk operatorskich, to nie wolno mu było wskazywać wartości usługi uprzednio wykonanej na poziomie odpowiadającym obecnemu zamówieniu, uwzględniającym specyfikę tej konkretnie zamawianej dostawy. Mielibyśmy bowiem wówczas do czynienia z warunkiem podobnym pod względem rodzaju, charakteru dostaw, ale tożsamym albo co najmniej zbyt wygórowanym pod względem wartości.

Zdaniem Izby w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający postawił adekwatny warunek w zakresie doświadczenia wykonawcy

w odniesieniu do charakteru dostawy (zamawia 85 stanowisk, warunek: 60 stanowisk) jednocześnie jednak nieadekwatny warunek doświadczenia wykonawcy w odniesieniu do wartości dostaw.

Z protokołu postępowania (druk ZP-1) część ogólna pkt 2 wynika, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na 14 mln zł w dniu 30.09.2009 r. na podstawie analizy rynku. Na rozprawie zamawiający wyjaśnił, że jako wskazaną analizę rynku potraktował:

1. rozmowy na wystawach i targach branżowych,
2. zakup 8 stanowisk operatorskich „dla Katowic” w 2008 roku,
3. dostawę systemu „dla Warszawy” sprzed 10 lat.

Wobec ustawowego wymogu, aby ustalenia wartości zamówienia, będącego dostawą dokonać nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania (art. 35 ust. 1 ustawy Pzp) stwierdzić należy, że opieranie się na danych pochodzących z 2008 roku i lat wcześniejszych jest wprost sprzeczne z przepisem art. 35 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ wskazany 3 miesięczny okres wiązać należy z danymi co do szacowanej dostawy pochodzącymi z tej właśnie perspektywy czasowej.

Ze wskazanych przez zamawiającego podstaw szacowania pod uwagę wzięta być może jedynie pierwsza, tj. rozmowy na wystawach i targach branżowych, a i ta wydaje się wątpliwa ze względu na nie wskazanie przez zamawiającego, kiedy owe wydarzenia miały miejsce i jakie ewentualnie oferty cenowe zostały mu w tym zakresie tam przedstawione.

Na rozprawie zamawiający, wskazując trudność w oszacowaniu zamówienia, powołał się na pytanie jednego z wykonawców (pytanie nr 11 - pismo AZP-224-108-09/3512/RR/2009 z dnia 23.11.2009 r.), świadczące o tym „jak różne mogą być wartości systemu przy zbliżonej liczbie stanowisk” w kontekście specyficznych potrzeb konkretnego zamawiającego.

Jednak zdaniem Izby, pytanie to skłania raczej do wniosku, że skoro owe specyficzne potrzeby każdego zamawiającego tak znacząco wpływają na wartość dostawy, to w kontekście formułowanego warunku udziału w postępowaniu koniecznym jest wskazanie takiej wartości uprzednio wykonanej dostawy systemu 60 - cio stanowiskowego, która nie będzie przenosić owej znaczącej wartości specyficznych potrzeb poszczególnych zamawiających.

Zamawiający nie zmieniał użytkowanego obecnie systemu komunikacji głosowej od 10 lat, odwołujący zaś odwołał się do zamówień z Tajwanu z niewiadomego okresu oraz 3 zamówień z lat 2007 i 2008 (odpowiednio Indie, Chiny i Węgry), co prowadzi do wniosku, że systemy takie nie zamawiane są często.

Ustalenie to ma szczególne znaczenie, biorąc pod uwagę fakt, że ustawodawca dopuścił możliwość wykazywania dostaw uprzednio wykonanych z okresu ostatnich 3 lat

przed wszczęciem postępowania, ponieważ oznacza ograniczone możliwości wykonawców tej branży w wykazywaniu tego rodzaju dostaw. O ile bowiem należy przyjąć częstszą możliwość zamawiania kilku stanowisk operatorskich w ramach rozbudowy systemu, o tyle trudniej można to odnieść do budowy całego systemu, obejmującego wszystkie potrzebne danemu zamawiającemu stanowiska.

W tym też kontekście z punktu widzenia uczciwej konkurencji należy odczytać postawiony przez zamawiającego element warunku doświadczenia w postaci konieczności wykazania się trzema dostawami o wskazanej 10 mln wartości w złotych.

Jako niewiarygodne Izba oceniła wyjaśnienia zamawiającego o przeprowadzonej przez niego analizie odnośnie możliwości sprostania przez potencjalnych wykonawców tej branży postawionego warunku, ponieważ nie sposób uznać prawidłowość dokonanej analizy skoro zamawiający uznał, że odwołujący spełnia postawiony warunek, zaś podstawowym zarzutem odwołującego jest zbyt wygórowany charakter warunku, co uniemożliwia mu udział w postępowaniu.

Nie sposób także pominąć pytań nr 10, 11 i 12 wskazanych w piśmie z dnia 23.11.2009 r., ponieważ wszystkie dotyczyły postawionego warunku doświadczenia i we wszystkich kwestia wartości 10 mln zł była kluczowa.

Biorąc zatem pod uwagę:

1. wskazane przez zamawiającego podobieństwo dostaw sprowadzające się do liczby stanowisk operatorskich,
2. wątpliwy sposób oszacowania przedmiotowego zamówienia przez zamawiającego,
3. przeniesienie w nieuzasadnionym zakresie ustalonej wartości szacunkowej zamówienia do wartości dostaw podobnych,
4. ograniczoną liczbę zamawianych systemów komunikacji głosowej VCS w perspektywie 3 lat wstecz,
5. niewiarygodną analizę zamawiającego co do wykonawców, którzy spełnić mogą postawiony warunek

Izba uznała, że wskazana w warunku wartość 10 mln zł jest wygórowana i może utrudnić uczciwą konkurencję w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający naruszył przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji także zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nakazała zamawiającemu dokonać zmiany warunku udziału w postępowaniu, poprzez zmniejszenia wartości uprzednio wykonanych dostaw z 10 do 3 mln zł netto.

Zarzut odnośnie nieprawidłowego ustalenia przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia bez należytej staranności nie potwierdził się.

Odnośnie kwestionowanej przez odwołującego, wyłącznie na podstawie brzmienia warunku udziału w postępowaniu, wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez zamawiającego, Izba uznał zarzut w tym zakresie za niezasadny.

Wartość szacunkową zamówienia w wysokości 14 mln zł odwołujący poznał dopiero na rozprawie.

Kwestionowanie tej wartości, w istocie bez jej znajomości, a jedynie przez pryzmat wartości dostaw podobnych, uprzednio wykonanych, wskazanej w warunku niezbędnego doświadczenia nie może prowadzić do uwzględnienia zarzutu. Czym innym bowiem jest, o czym było mowa wyżej, wartość szacunkowa konkretnego zamówienia uwzględniająca jego specyfikę, a czym innym wartość uprzednio zrealizowanych dostaw.

W przedmiotowym postępowaniu przetargowym brak jest wystarczających podstaw do przypisania zamawiającemu, że nieprawidłowo ustalił wartość szacunkową zamówienia.

W tym miejscu Izba wskazuje, że z punktu widzenia wymogu przepisu art. 32 ust. 1 ustawy Pzp również postępowania, na które powoływał się odwołujący (Pekin, Indie, Budapeszt, Tajwan) nie są aktualne.

W ocenie Izby zamawiający w sposób nieuzasadniony, biorąc pod uwagę wskazane wcześniej uwarunkowania, zawyżył wartość dostaw podobnych, których wykonaniem w liczbie trzech muszą wykazać się wykonawcy, co jednak nie świadczy automatycznie o braku staranności przy szacowaniu wartości zamówienia. Przy ocenie prawidłowości ustalenia wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia - zgodnie z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp - istotne znaczenie ma także jej ustalenie, które prowadzi do uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp. W niniejszym przypadku z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia, ponieważ zamawiający nie zaniżył wartości, ani nie podzielił zamówienie na części.

Jednak zawyżenie wartości odnośnie dostaw podobnych miało wpływ - jak wskazano powyżej - na ustalenie warunków udziału w postępowaniu, co Izba wzięła pod uwagę, uwzględniając zarzut nieprawidłowego opisu warunki udziału w postępowaniu.

Przy ocenie zarzutu niewłaściwego ustalenia wartości szacunkowej zamówienia Izba nie stwierdziła wprost naruszenia w tym zakresie, w tym zwłaszcza przepisu art. 32 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut odnośnie wyznaczenia zbyt krótkiego terminu składania ofert nie potwierdził się.

Odnośnie zbyt krótkiego terminu składania ofert na podstawie treści protestu Izba uznała, że dla odwołującego główną przeszkodą w przygotowaniu oferty w wyznaczonym 40 - sto dniowym

terminie, której obszerność na etapie protestu odwołujący wskazywał, był fakt, iż oferty i jej załączników nie można przygotować w języku angielskim, co jak wynika z treści SIWZ było ustaleniem błędnym (Zamawiający z powołaniem się na art. 9 ust. 3 ustawy Pzp w SIWZ w Rozdziale XI pkt 8 wprost przewidział możliwość złożenia oferty lub załączników w języku angielskim).

Zamawiający nie może ponosić konsekwencji w postaci opóźnienia w realizacji zamówienia z tego tylko powodu, że odwołujący jako potencjalny wykonawca nie zapoznał się uważnie z wymogami co do złożenia oferty, w szczególności co do języka oferty i nie wykorzystał czasu na przygotowanie oferty w sposób zgodny z postanowieniami SIWZ, tj. w języku angielskim.

W ocenie Izby dopiero na etapie wniesienia odwołania odwołujący wyeksponował samą obszerność dokumentacji, poszerzając w ten sposób podstawę faktyczną zarzutu.

Izba nie dała wiary, iż sama obszerność dokumentacji stanowi rzeczywistą przeszkodę dla odwołującego, ponieważ po pierwsze, jak wskazano powyżej, odwołujący na etapie protestu wyraźnie eksponował zbyt krótki termin związany z faktem rzekomego niedopuszczenia możliwości składania oferty i załączników w języku angielskim, a po drugie obszerność dokumentacji związana ze specyfiką przedmiotu zamówienia w takim samym stopniu dotyczy wszystkich wykonawców.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający nie naruszył w tym zakresie żadnego z przepisów ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie przepisu art. 191 ust.1 zdanie pierwsze oraz art. 191 ust. 1a ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też Izba, uwzględniając treść § 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 z późn. zm.), uznał za uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. 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:

.....

.....