

POSTANOWIENIE

z dnia 23 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

**Członkowie: Renata Tubisz
Barbara Bettman**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu ~~rozprawie~~^z w dniu / w ~~dnia~~^{ch}* 23 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **EMTAL Sp. z o. o., ul. Chmielna 101/102, 80-748 Gdańsk** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** protestu / ~~protestów~~^{*} 17 listopada 2008 r. wniesionego do zamawiającego 18 listopada 2008 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz **XXX** – po stronie zamawiającego*.

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża EMTAL Sp. z o. o., ul. Chmielna 101/102, 80-748 Gdańsk**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **EMTAL Sp. z o. o., ul. Chmielna 101/102, 80-748 Gdańsk**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 600 zł 00 gr (słownie: sześćset złotych zero groszy) przez **EMTAL Sp. z o. o., ul. Chmielna 101/102, 80-748 Gdańsk** na rzecz **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801**

Warszawa, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **zastępstwa prawnego**;

- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: zero złotych zero groszy) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 936 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **EMTAL Sp. z o. o., ul. Chmielna 101/102, 80-748 Gdańsk**.

Uzasadnienie

Zamawiający, Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie ul. Chmielna 110, 00-801 Warszawa, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Zespół usług związanych z wprowadzaniem na Warszawską Kartę Miejską kwot umożliwiających wnoszenie opłat za parkowanie w SPPN”. Ogłoszenie ukazało się w Dz. Urz. UE Nr 2008/S 181-240742 z dnia **18.09. 2008 r.**

13.10. 2008 r. zamawiający zmodyfikował treść specyfikacji przez zmianę terminu rozpoczęcia wykonywania umowy w pkt 5.1.1 specyfikacji wprowadzając określenie cyt. „Rozpoczęcie: w dniu podpisania umowy, jednak nie wcześniej niż 02.01. 2008 r.”.

06.11. 2008 r. wykonawca Emtal Sp. z o.o. Gdańsk zwrócił się o wyjaśnienie treści specyfikacji sugerując zmianę terminu rozpoczęcia okresu testowego z 02.01. 2009 r. na inny np. 70 dni od daty podpisania umowy; wykonawca uzasadnił, że tak krótki termin rozpoczęcia okresu testowego praktycznie ogranicza możliwość ubiegania się o zamówienie tylko do wykonawców aktualnie obsługujących i posiadających sieć.

12.11. 2008 r. wykonawca Emtal Sp. z o.o. Gdańsk wniósł protest na:

- 1) naruszenie zasady uczciwej konkurencji – art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej w skrócie „Pzp”;
- 2) zaniechanie udzielenia wyjaśnień treści specyfikacji – art. 38 ust. 1 Pzp.

Protestujący wnosi o udzielenie wyjaśnień, zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp, i o dokonanie modyfikacji specyfikacji, zgodnie z art. 38 ust. 4 Pzp, oraz o przesunięcie terminu składania ofert, zgodnie z art. 38 ust. 6 Pzp.

12.11. 2008 r. zamawiający udzielił wyjaśnień, że nie przewiduje zmiany terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia ani modyfikacji specyfikacji. Ponadto zamawiający dokonał przesunięcia terminu składania i otwarcia ofert ze względu na wniesiony protest bez modyfikacji specyfikacji.

17.11. 2008 r. zamawiający oddalił protest. Zamawiający nie zmodyfikował treści specyfikacji. W związku z wniesionym protestem zamawiający wyznaczył nowy termin składania ofert – 18.11. 2008 r.

18. 11. 2008 r. wykonawca Emtal Sp. z o.o. Gdańsk wniósł – 6 dni od uzyskania informacji o nie dokonaniu modyfikacji specyfikacji i zmianie terminu składania ofert – protest na:

- 1) naruszenie zasady uczciwej konkurencji – art. 7 ust. 1 Pzp – zamawiający wyznaczył w specyfikacji terminu rozpoczęcia okresu testowego od 02.01. 2009 r., a tak krótki termin rozpoczęcia okresu testowego praktycznie ogranicza możliwość ubiegania się o zamówienie tylko do wykonawców aktualnie obsługujących i posiadających sieć;
- 2) zamawiający zaniechał dokonania modyfikacji specyfikacji – art. 38 ust. 4 Pzp.

Protestujący wnosi o dokonanie modyfikacji specyfikacji, zgodnie z art. 38 ust. 4 Pzp, oraz o przesunięcie terminu składania ofert, zgodnie z art. 38 ust. 6 Pzp.

18.11. 2008 r. protestujący złożył ofertę.

28.11. 2008 r. zamawiający oddalił protest. Zamawiający w dniach 12.11 i 14.11. 2008 r. udzielił wyjaśnień na zadane pytania przez protestującego. Jednocześnie zamawiający nie zmodyfikował specyfikacji. Zamawiający w ustalonym terminie 18.11. 2008 r. dokonał otwarcia ofert.

Zamawiający inaczej rozumie zasadę równego traktowania wykonawców. Jego zdaniem ta zasada cyt. „... polega na przykładaniu jednej miary dla każdego Wykonawcy. Zamawiający winien tak samo traktować podmioty znajdujące się w tej samej lub podobnej sytuacji. Naruszeniem tej zasady byłoby sformułowanie innych wymagań wobec różnych Wykonawców, różnicowanie Wykonawców ze względu na formę, siedzibę itp. Do tego należy stwierdzić, iż warunki udziału w postępowaniu, o ile są jednakowe dla wszystkich – nie naruszają zasady równego traktowania.”.

08.12. 2008 r. (pismo z 05.12. 2008 r.) wykonawca EMTAL Sp. z o.o. Gdańsk złożył odwołanie za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. Odwołujący podniósł, że zamawiający wprowadził w specyfikacji ograniczenie do tych wykonawców, którzy na dzień podpisania umowy posiadają gotowe i działające kompletne rozwiązania będące przedmiotem postępowania. Zamawiający naruszył tym art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący żąda uwzględnienia protestu i unieważnienia postępowania gdyż zostały już złożone oferty.

Zamawiający przesuwając terminy składania ofert bez przesunięcia terminu rozpoczęcia wykonywania świadczeń umownych jeszcze bardziej utrudnił wykonanie przedmiotu zamówienia. Dlatego podmiot posiadający w swojej ofercie już istniejący system ma przewagę nad tymi, które zamierzają dopiero taki system skonstruować po wygraniu postępowania.

W tej sytuacji ten podmiot, który ma już istniejący system uzyskuje przewagę nad tymi, które muszą cały proces realizacji zakupów komponentów zaczynać od początku tj. dopiero po wygraniu postępowania. Usługa oczekiwana przez Zamawiającego wykonywana jest na specjalistycznych terminalach kodujących oraz na specjalistycznym oprogramowaniu, którego parametry muszą być dopiero przekazane przez Zamawiającego oferentowi po wygraniu postępowania. Konieczność rozpoczęcia świadczenia umowy być może, biorąc pod uwagę procedury odwoławcze przewidziane przez Ustawę o Zamówieniach Publicznych, w dniu jej podpisania zgodnie z zapisami SIWZ. Uwzględnić należy też fakt, że prowadzenie usługi będącej przedmiotem przedmiotowego postępowania wymaga podpisania umów np. z kioskami, w których prowadzona będzie dystrybucja. Takich umów, nawet w przypadku podpisania umów przedwstępnych, nie ma możliwości sfinalizowania w krótkim czasie, szczególnie, że wiąże się to z koniecznością szkolenia personelu w obsłudze nowych urządzeń. Koszt specjalistycznych terminali, które muszą posiadać wyposażenie ukierunkowane na kodowanie kart warszawskich to w przypadku ilości minimalnej 50 szt. kwota około 300.000zł z terminem dostawy minimum 60 dni. Siłą rzeczy nie ma rozsądnego powodu do wcześniejszego zakupu urządzeń, których nie będzie być może możliwe użycie w innym projekcie zaraz po ogłoszeniu zamówienia przez Zamawiającego, gdy do końca procedury nie ma pewności czy w wymaganiach zdefiniowanych w SIWZ nie zostaną wprowadzone przez Zamawiającego zmiany.

Odwołujący biorąc pod uwagę możliwe terminy rozpoczęcia umowy i chcąc zachować choć minimalne szanse w postępowaniu złożył wiążącą ofertę z zawyżoną ceną uwzględniającą ryzyko nie wywiązania się z terminu rozpoczęcia świadczenia usługi, co ewidentnie obniża szansę zwycięstwa w postępowaniu czym naraża na uszczerbek interes prawny Odwołującego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 4 Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 180 ust. 2 Pzp stanowi jednoznacznie, że protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy dotarł on do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią.

Strony stwierdziły zgodnie, że odwołujący otrzymał informację o modyfikacji specyfikacji 13.10. 2008 r. Jak wynika z przywołanego powyżej przepisu art. 180 ust. 2 Pzp,

odwołujący powinien więc wnieść protest w ciągu 10 dni od tej daty, gdyż wartość zamówienia jest nie mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Natomiast odwołujący 6 listopada 2008 r. zdecydował się zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dopiero po uzyskaniu informacji o utrzymaniu dotychczasowej treści specyfikacji w mocy i zaniechaniu modyfikacji specyfikacji – odwołujący wniósł protest na czynność modyfikacji, która została dokonana 13.10. 2008 r. przez zamawiającego. Tak więc między czynnością modyfikacji a wniesieniem protestu w stosunku do tej czynności upłynęło 35 dni.

Odwołujący stwierdza, że złożył protest w terminie 6 dni od uzyskania wyjaśnień od zamawiającego o zaniechaniu modyfikacji specyfikacji. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący mógłby przyjąć termin uzyskania informacji o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu gdyby zamawiający zmodyfikował specyfikację. Jednak w przypadku zaniechania modyfikacji specyfikacji, termin ten biegnie od momentu opublikowania specyfikacji lub, jak w rozpatrywanym postępowaniu, od momentu uprzedniej modyfikacji specyfikacji.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza również, że to na zamawiającym ciąży obowiązek właściwego rozeznania czy protest podlega oddaleniu z przyczyn merytorycznych, czy podlega odrzuceniu z przyczyn formalnych określonych w art. 180 ust. 7 lub art. 181 ust. 6 Pzp. Zamawiający tego nie dokonał i oddalił protest z przyczyn merytorycznych. Należy podkreślić, że samo odrzucenie protestu nie wyklucza poinformowania wnoszącego protest o merytorycznych podstawach odrzucenia protestu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty uczestników postępowania odwoławczego związane z poniesionym nakładem pracy w wysokości 600 zł na podstawie kopii faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejsze wyrok/postanowienie* – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*