

Sygn. akt: KIO/UZP 203 /10

WYROK
z dnia 30 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Honorata Łopianowska
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Sportdata Sp. z o.o. ul. Zagłoby 17, 81-578 Gdynia** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Bytom, Ośrodek Sportu i Rekreacji, ul. Parkowa 1, 41 - 902 Bytom** protestu z dnia 11 stycznia 2010 r.

przy udziale wykonawcy **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Sportdata Sp. z o.o. ul. Zagłoby 17, 81-578 Gdynia** 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 **Sportdata Sp. z o.o. ul. Zagłoby 17, 81-578 Gdynia,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **3 056 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Sportdata Sp. z o.o. ul. Zagłoby 17, 81-578 Gdynia.**

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

Zamawiający, Gmina Bytom Ośrodek Sportu i Rekreacji z siedzibą w Bytomiu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę wraz z montażem, systemu wejścia - wyjścia z systemem identyfikacji personalnej oraz systemem kasowym na obiekcie stadionu sportowego w Bytomiu przy ul. Olimpijskiej” w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 248715 w dniu 18 grudnia 2009 r.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zmianami) w brzmieniu sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W dniu 6 stycznia 2010 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez WASKO S.A. i odrzuceniu trzech pozostałych ofert. Oferta odwołującego Sportdata Sp. z o.o. została odrzucona jako nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwagi na nie złożenie w ofercie wymaganego dokumentu, tj. wyceny w postaci tabeli elementów rozliczeniowych z podziałem na: System kontroli wejść i sprzedaży biletów, Urządzenia SKD, Infrastrukturę Kanalizacji teletechnicznej, zgodnie z wyjaśnieniami treści siwz z dnia 30 grudnia 2009 r.

Odwołujący Sportdata Sp. z o.o. wniósł protest wobec:

1. odrzucenia oferty odwołującego z powodu braku dokumentów: „wycena w postaci tabeli elementów rozliczeniowych” podczas, gdy zamawiający nie wyjaśnił jak wymagany podział elementów ma wyglądać, co należy rozumieć przez SKD, a odwołujący przedłożył w ofercie zestawienie z podziałem dużo dokładniejszym,
2. rozstrzygnięcia protestu z dnia 23 grudnia 2009 r. po terminie składania i otwarcia ofert oraz zaniechania udzielenia odpowiedzi na pytania zadane w dniu 29 grudnia 2009 r.
3. wyboru oferty WASKO S.A. jako najkorzystniejszej pomimo, że bezpodstawnie utajniono złożone w ofercie referencje, co uniemożliwiło odwołującemu sprawdzenie czy wykonawca spełnia wymagania siwz,
4. zaniechania odrzucenia oferty WASKO S.A. pomimo, że wykonawca nie wykazał spełniania warunku doświadczenia,
5. uniemożliwienia wykonawcom odniesienia się do wymogu zawartego w treści wyjaśnień z dnia 30 grudnia 2009 r.
6. treści siwz w zakresie spełnienia przez dostarczany system warunku, którego spełnienie jest sprzeczne z obowiązującą ustawą o bezpieczeństwie imprez masowych oraz wytycznymi spółki Ekstraklasa, gdyż dokumentacja techniczna zaprojektowanego systemu dopuszcza wpuszczenie na obiekt osób z zakazem stadionowym, sygnalizując jedynie ochronie ten fakt, w sytuacji gdy ww. ustawa oraz wytyczne w zakresie wymagań stadionowych jednoznacznie zakazują prawa wejścia na obiekt sportowy osób objętych zakazem stadionowym.

Odwołujący zarzucił w proteście naruszenie przepisów:

- art. 7 ust. 1 Pzp przez przygotowanie przetargu w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 29 ust 1 i 2 Pzp przez brak wyczerpującego i zgodnego z przepisami prawa opisu przedmiotu zamówienia (wymagań przedstawionych w treści wyjaśnień i odpowiedzi z 30 grudnia 2009 r.),
- art. 30 ust. 6 Pzp, przez niewystarczające i sprzeczne z prawem wskazanie wymagań funkcjonalnych zamawianego systemu,
- art. 82 ust. 3 Pzp, przez uniemożliwienie złożenia oferty zgodnej z siwz, ponieważ oferta taka byłaby sprzeczna z obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności przepisami ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez narażenie odwołującego na odrzucenie oferty, jako niezgodnej z siwz, ale zgodnej z przepisami ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający bezprawnie ograniczył krąg podmiotów spełniających wymogi umożliwiające przystąpienie do przetargu oraz dokonał

wyboru oferty podlegającej odrzuceniu. Wskazał, że zamawiający udzielił w dniu 30 grudnia 2009 r. wyjaśnień, w których zażądał dołączenia do oferty „wyceny w postaci tabeli elementów rozliczeniowych” z podziałem na: System kontroli wejść i sprzedaży biletów, Urządzenia SKD, Infrastrukturę kanalizacji teletechnicznej, przy czym nie sprecyzował co rozumie pod pojęciem urządzenia SKD, ani które elementy oferty należy zawrzeć w poszczególnych punktach. Podany wymóg nie jest jednoznaczny i wyczerpujący, a ponadto nie wynikał wprost z dokumentacji przetargowej. Niespójność nazewnictwa w projekcie i dokumentacji przetargowej oraz brak jednoznacznych wyjaśnień uniemożliwiły odwołującemu złożenie zestawienia zgodnego z wymaganiami. Odwołujący podniósł, że protest z dnia 23 grudnia 2009 r. zamawiający rozstrzygnął dopiero po terminie składania i otwarcia ofert oraz nie udzielił odpowiedzi na pytania zadane w dniu 29 grudnia 2009 r.

Odnośnie oferty firmy WASKO S.A. odwołujący podniósł, iż zamawiający bezpodstawnie utajnił referencje tej firmy. Wskazał, iż referencje są dokumentami jawnymi, które wystawiane są po to, by się nimi publicznie legitymować, tym samym nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazał, że oferta WASKO S.A. podlega odrzuceniu, gdyż wykonawca nie spełnia wymogów odnośnie wykonanych robót.

Zgodnie z treścią siwz dostarczony system powinien być zgodny z wymogami ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz wytycznymi Spółki Ekstraklasa w zakresie wymagań stadionowych odnośnie kompatybilności systemów identyfikacji kibica, podczas gdy oba te akty stwierdzają, że system kontroli biletów nie ma prawa wpuścić na obiekt osób z zakazem stadionowym. Jednocześnie w dokumentacji technicznej zaprojektowanego systemu wymaga się, aby system wpuszczał na obiekt takie osoby - sygnalizując ten fakt świetlnie lub dźwiękowo ochronie i policji. Zdaniem odwołującego, wymóg ten powoduje, iż niemożliwe było przygotowanie oferty zgodnej z siwz, gdyż oferta będzie naruszać zapisy ustawy z 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz.U. nr 62, poz. 54 z 2009 r.).

Wykonawca podniósł również, że podpisanie umowy z wykonawcą wybranym z naruszeniem ww. przepisów skutkować będzie nieważnością umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp.

Do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu przystąpił wykonawca WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach.

Zamawiający odrzucił protest, jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony. W uzasadnieniu stwierdził, iż odwołujący nie wykazał naruszenia interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Wyjaśnił, iż środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy

pod warunkiem wykazania, że zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp oraz w wyniku tego naruszenia interes prawny wykonawcy doznał lub mógł doznać uszczerbku, a między ww. przesłankami i możliwością uzyskania zamówienia istnieje związek przyczynowy. Zamawiający wskazał, iż w proteście zawarto zarzuty niespójne z żądaniami, co jest sprzeczne z art. 180 ust. 8 Pzp. Wyjaśnił, że nawet gdyby uwzględnić protest i wykonać wszystkie postulowane czynności, oferta odwołującego pozostanie ofertą z najwyższą ceną. Wskazał, że odwołujący nie podniósł zarzutów wobec pozostałych ofert, a jedynie wobec oferty złożonej przez WASKO S.A.

Wykonawca Sportdata Sp. z o.o. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Zarzucił w odwołaniu naruszenie przez zamawiającego przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez dokonanie błędnej wykładni przepisu wobec odwołującego, uprzednio naruszając przepisy: art. 36 ust. 1, art. 38 ust. 1, art. 42 ust. 1 Pzp, a ponadto zarzucił naruszenie art. 7 ust. 3 i art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienie postępowania, ewentualnie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a ponadto, o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oraz powtórzenia postępowania.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający dokonał błędnej wykładni przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wobec odwołującego, uprzednio naruszając następujące przepisy:

- art. 36 ust. 1 Pzp, przez nie zachowanie treści i formy siwz zgodnej z ww. przepisem, uniemożliwiając przygotowanie prawidłowej oferty - zamawiający postawił wymóg przedłożenia dodatkowych dokumentów, nie określając dokładnie i zrozumiale ich formy,
- art. 38 ust. 1 Pzp, przez dokonanie modyfikacji istotnych zapisów siwz tj. w zakresie wymagania złożenia dodatkowych dokumentów („wycena” oraz „zestawienie elementów”) w trybie przewidzianym dla udzielenia wyjaśnień,
- art. 38 ust 4-6 Pzp, przez brak staranności w jednoznacznym określeniu wymagań, co do formy „wyceny”, wobec tego nie złożenie dokumentu nie może skutkować odrzuceniem oferty.
- art. 42 ust. 1 Pzp przez „stopniowe i fragmentaryczne zamieszczanie siwz”, co stanowiło jedynie pozorną publikację siwz. Udostępnienie specyfikacji de facto nastąpiło w terminie niezgodnym z art. 43 ust. 1 Pzp, co jest niezgodne z art. 38 w rozdz. VI Reguł dotyczących zamówień publicznych Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Europejskiej i stanowi zaprzeczenie zasad współżycia społecznego oraz panujących zwyczajów.

Odwołujący podał, że zamawiający dokonał modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu nie modyfikując treści siwz w zakresie terminu składania i otwarcia ofert. Wobec niejasności i sprzeczności wymagań specyfikacji z art. 29 ust. 1, 2, 3 oraz art. 36 ust 1 pkt 5 i 10 Pzp

oraz art. 12a ust.2 Pzp odwołujący popełnił niezawiniony błąd próbując samodzielnie przyporządkować i zawrzeć wymagania dotyczące treści „wyceny” w „zestawieniu elementów”.

Zarzut naruszenia art. 7 ustt. 3 i art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp odwołujący uzasadnił wskazując, iż:

1. wymóg bezpłatnego dostosowania w przyszłości systemu do wymagań spółki Ekstraklasa:
 - nie został zawarty w określeniu przedmiotu zamówienia w siwz,
 - jako świadczenie przymusowe oraz bezpłatne i wymuszające przewidywanie kosztów, których przewidzieć się nie da, jest czynnością niedozwoloną w rozumieniu kodeksu cywilnego i tym samym stanowi rażące naruszenie ustawy Pzp,
 - jest bezprzedmiotowy mimo, iż może stanowić przyszłą uzasadnioną potrzebę zamawiającego,
2. w pkt III siwz zawarto wymóg, iż system musi być zgodny z obowiązującymi aktami prawnymi: ustawą z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych, oraz rozporządzeniem wykonawczym do ustawy (nie opublikowane) i zaleceniami spółki Ekstraklasa S.A. w zakresie kompatybilności systemów identyfikacji kibica, wytycznymi PZPN w sprawie wymogów techniczno-organizacyjnych dla poprawy bezpieczeństwa na obiektach piłkarskich Zapis zawarty w Dokumentacji Technicznej, stanowiącej integralną część siwz (II, system wejścia-wyjścia 3.1 charakterystyka systemu), jest sprzeczny z ustawą o bezpieczeństwie i kodeksem karnym. Utrzymanie powyższego wymogu skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp, a wszystkie złożone oferty winny zostać odrzucone. Zapisy siwz są wewnętrznie sprzeczne i obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca WASKO S.A., wnosząc o odrzucenie, ewentualnie oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 10 lutego 2010 r. odwołujący wniósł do Prezesa UZP „uzupełnienie do odwołania od rozstrzygnięcia protestu w postępowaniu o zamówienie publiczne”, w którym odwołujący podniósł nowe okoliczności, stwierdzając, iż:

- A. Zamawiający zlecił przygotowanie dokumentacji przetargowej osobom zatrudnionym w firmie SSI S.A., które brały udział w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania. SSI S.A. jest częścią grupy kapitałowej WASKO S.A. Obie firmy współpracują w dziedzinie związanej z przedmiotem zamówienia, co potwierdzają

informacje zawarte w internecie i prasie. Powyższe utrudniło w postępowaniu uczciwą konkurencję w rozumieniu art. 7 ust. 1 i ust. 2 Pzp

- B. Nie ujawnione przez zamawiającego zastrzeżone przez WASKO S.A. informacje zawarte w ofercie, w zakresie określonym w pkt VI.8 siwz, mogły być podstawą wykluczenia WASKO S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zdaniem odwołującego zamawiający nie dokonał prawidłowej weryfikacji oferty w tym zakresie. Odwołujący podniósł, iż prawdopodobna treść wykazu wykonanych robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie jest nieprawdziwa, a wykonawca podlega wykluczeniu w oparciu o art. 24 Pzp.
- C. Istnieje uzasadnione podejrzenie, iż postępowanie prowadzone przez zamawiającego było czynnością dla pozoru, a miało rzeczywiście na celu: legalizację rozliczeń pomiędzy WASKO S.A., KS Polonia Bytom S.S.A oraz zamawiającym, przejęcie własności urządzeń i oprogramowania zainstalowanych dla KS Polonia Bytom SSA przez zamawiającego od WASKO S.A. oraz uzupełnienie zainstalowanych urządzeń i oprogramowania wynikające z wymagań ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba wzięła pod uwagę, iż odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp, który złożył ofertę i ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego. Oferta odwołującego zawiera najwyższą cenę wśród złożonych ofert, a ponadto została odrzucona przez zamawiającego. Z uwagi na powyższe, odwołujący nie legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu wąskim, tj. w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu. Jednak ewentualne stwierdzenie naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, które stanowi podstawę do stwierdzenia nieważności umowy w oparciu o art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp uzasadnia interes prawny wykonawcy w wykazaniu naruszeń prawa, które mogły uniemożliwić wykonawcy skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia. W tym zakresie odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu szerokim,

bowiem wykonawca uczestniczący w postępowaniu ma prawo oczekiwać, że proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i zgodny z obowiązującymi przepisami prawa.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że pismo „uzupełnienie do odwołania” wniesione przez odwołującego w dniu 16 lutego 2010 r., nie może być uznane za dalszą (uzupełniającą) treść wniesionego w dniu 27 stycznia 2010 r. odwołania. Podkreślić należy, że odwołanie jest wniesione skutecznie m.in. wówczas, gdy zachowany został termin do jego wniesienia. W przypadku niniejszego postępowania 5-dniowy termin do wniesienia odwołania, liczony od daty doręczenia odwołującemu rozstrzygnięcia protestu, minął w dniu 27 stycznia 2010 r. Zakres odwołania nie podlega zatem uzupełnieniu po upływie powyższego terminu, w szczególności co do treści podniesionych zarzutów. Pismo powyższe może zostać potraktowane jedynie jako pismo procesowe, złożone przez odwołującego do akt sprawy. Ponieważ jednak zawarte w ww. piśmie nowe zarzuty i okoliczności, wskazane na ich poparcie, nie odnoszą się do zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba uznała, że powyższe okoliczności nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia przez Izbę zarzutów zawartych w odwołaniu.

Rozpoznając odwołanie Izba zważyła, że zgodnie z treścią przepisu art. 184 ust. 1a Pzp, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia oferty.

Wartość przedmiotowego zamówienia publicznego, obejmującego dostawy, została ustalona przez zamawiającego i wynosi 510 874,18 zł, co stanowi równowartość 131 767,10 euro. Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. z 2007 r., Nr 241, poz. 1762), wydanym na podstawie delegacji zawartej w art. 11 ust. 8 Pzp, w odniesieniu do zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, wartość zamówień i konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, dla dostaw wynosi 133 000 euro. Wartość przedmiotowego zamówienia jest zatem mniejsza niż kwoty, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W świetle powyższego, stosownie do brzmienia przepisu art. 184 ust. 1a Pzp KIO uznała, że w przedmiotowym postępowaniu nie przysługuje wykonawcy odwołanie od

rozstrzygnięcia protestu dotyczącego zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Dodatkowo Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp nie został zawarty w proteście, a zatem stosownie do art. 191 ust. 3 Pzp nie podlegał rozpoznaniu.

Ponadto, na marginesie Izba wskazuje, że odwołujący uzasadnił powyższy zarzut kwestionując postanowienia zawarte w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. wymóg bezpłatnego dostosowania w przyszłości systemu do wymagań spółki Ekstraklasa, który, zdaniem odwołującego, nie jest objęty w określeniu przedmiotu zamówienia zawartym w siwz, jako świadczenie przymusowe oraz bezpłatne i wymuszające przewidywanie kosztów, których przewidzieć się nie da, jest czynnością niedozwoloną w rozumieniu kodeksu cywilnego i tym samym stanowi rażące naruszenie ustawy Pzp oraz jest bezprzedmiotowy mimo, iż może stanowić przyszłą uzasadnioną potrzebę zamawiającego, a także wymóg zawarty w pkt III siwz, który, w ocenie wykonawcy, jest sprzeczny z przepisami ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych i kodeksu karnego. Odwołujący zarzucił, iż powyższe postanowienia siwz są wewnątrznie sprzeczne i obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Ponieważ wskazane zarzuty dotyczą treści siwz, to należało uznać, że zostały one podniesione z uchybieniem ustawowych terminów, które obowiązują przy wnoszeniu protestów dotyczących treści ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu, określonych w art. 180 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Stosownie do art. 184 ust. 1a pkt 4 Pzp, rozpoznaniu podlegał wyłącznie zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, podniesiony w odwołaniu od rozstrzygnięcia protestu, dotyczącego czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący uzasadniając ten zarzut wskazał, iż zamawiający dokonał błędnej wykładni przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucając ofertę odwołującego, co było efektem uprzednich zaniechań i czynności zamawiającego dokonanych z naruszeniem:

- art. 36 ust. 1 Pzp - ponieważ zamawiający nie zachował wymaganej przepisem treści i formy siwz, uniemożliwiając przygotowanie prawidłowej oferty. W szczególności zamawiający postawił wymóg przedłożenia dodatkowych oświadczeń dotyczących „wyceny” oraz „zestawienia elementów”, nie określając dokładnie i zrozumiale ich formy;
- art. 38 ust. 1 Pzp - w wyniku dokonania modyfikacji istotnych zapisów siwz, tj. w zakresie wymagania złożenia dodatkowych oświadczeń („wycena” i „zestawienie elementów”) w trybie przewidzianym dla udzielenia wyjaśnień;
- art. 38 ust 4 - 6 Pzp - poprzez brak staranności w jednoznacznym określeniu wymagań co do formy „wyceny”, co nie może skutkować odrzuceniem oferty,

- art. 42 ust. 1 Pzp - przez „stopniowe i fragmentaryczne” publikowanie treści specyfikacji, a tym samym udostępnienie pełnej treści siwz w terminie niezgodnym z art. 43 ust. 1 Pzp. Zamawiający dokonał modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu nie modyfikując treści siwz w zakresie terminu składania i otwarcia ofert, co utrudniło przygotowanie prawidłowej oferty.

Odnosząc się do powyższych okoliczności, Izba uznała, że zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 36 ust. 1, art. 38 ust. 1, art. 42 ust. 1 Pzp nie zostały zawarte w proteście, a zatem Izba nie orzekała co do naruszenia ww. przepisów, stosownie do art. 191 ust. 3 Pzp. Ponadto, zarzuty dotyczą treści wymogu złożenia „wyceny” oraz „zestawienia elementów”, wprowadzonego w ramach wyjaśnień specyfikacji z dnia 30 grudnia 2009 r., a termin na wniesienie protestu wobec tej czynności minął w dniu 6 stycznia 2010 r.

Odwołujący podnosił także, że wobec niejasności i sprzeczności wymagań specyfikacji nastąpiło naruszenie przepisów art. 29 ust. 1, 2, 3, art. 36 ust 1 pkt 5 i 10 Pzp oraz art. 12a ust. 2 Pzp, a to skutkowało następnie popełnieniem przez odwołującego niezawinionego błędu w zakresie przyporządkowania i zawarcia wymaganej treści co do wymaganej przez zamawiającego „wyceny” oraz „zestawienia elementów”. Izba stwierdziła, że zarzuty, dotyczące niejasności i sprzeczności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak jak wskazane wyżej inne zarzuty podniesione wobec treści siwz, należało uznać za spóźnione, a wobec tego niepodlegające rozpoznaniu przez Izbę.

Wymóg dotyczący złożenia w ofercie „wyceny w formie tabeli elementów rozliczeniowych” został wprowadzony w ramach wyjaśnień treści siwz z dnia 30 grudnia 2009 r. Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 20 wskazał, że do oferty należy załączyć „wycenę w postaci tabeli elementów rozliczeniowych zgodną z poniższym podziałem: a) system kontroli wejść i sprzedaży biletów, b) Urządzenia SKD, c) Infrastruktura kanalizacji teletechnicznej. Ponadto zamawiający oczekuje przedstawienia zestawienia materiałów wg tabeli „Zestawienie elementów” zamieszczonej na stronie 18 i 19 Dokumentacji Technicznej uzupełnionej o kolumny: a) Producent, b) Model, c) Wartość.” Zamawiający podał przy tym przykładowy wzór ww. tabeli. W danych okolicznościach, postanowienie zawarte w wyjaśnieniach z dnia 30 grudnia 2009 r. w zakresie ww. wymogu złożenia dokumentu „wycena elementów rozliczeniowych” oraz „zestawienie elementów” stanowi integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest tym samym wiążące.

Odwołujący złożył ofertę, w której na stronie 25 zamieścił kartę opisaną jako: „tabela elementów – stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa”. W spisie treści oferty w pkt 9 wykonawca zamieścił pozycję „zestawienie elementów (tajemnica przedsiębiorstwa SPORTDATA – załączono w dodatkowej kopercie A5)”. W ofercie odwołujący nie złożył dokumentu,

określonego przez zamawiającego jako „wycena w formie tabeli elementów rozliczeniowych”. Okoliczność powyższa nie była kwestionowana przez odwołującego w toku postępowania.

Jak wynika z treści specyfikacji (pkt IX siwz, § 4 wzoru umowy), zamawiający przewidział ryczałtowy sposób wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia. Zgodnie z postanowieniami siwz i wzoru umowy, rozliczenie z wykonawcą nastąpi na podstawie faktury wystawionej za wykonanie całego przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że brak złożenia dokumentu „wycena elementów rozliczeniowych” nie ma znaczenia dla oceny merytorycznej zawartości oferty. Według oświadczenia odwołującego, zestawienie elementów złożone w ofercie na str. 25 zawiera szczegółowy wykaz i wycenę elementów składających się na przedmiot zamówienia. Dokument ten nie był także kwestionowany w powyższym zakresie przez zamawiającego.

W tych okolicznościach, brak złożenia w ofercie dodatkowego dokumentu „wyceny” elementów składających się na przedmiot zamówienia, nie ma istotnego znaczenia dla treści oferty. Brak tego dokumentu nie ma również żadnego wpływu na możliwość dokonania rozliczenia za wykonanie przedmiotu zamówienia, a co najwyżej może być potraktowany jako brak formalny oferty odwołującego, który nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wobec powyższego, Izba uznała zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego, za uzasadniony. Biorąc jednak pod uwagę treść przepisu art. 191 ust. 1a Pzp, Izba stwierdziła, że wskazane naruszenie prawa nie miało i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, rozumiany jako wybór oferty najkorzystniejszej, a zatem odwołanie podlegało oddaleniu.

W oparciu o stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania.

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 z późn. zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....