

Sygn. akt: KIO/UZP 936/08

POSTANOWIENIE
z dnia 18 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Renata Tubisz

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu ~~rozprawie~~^{*} w dniu ~~w dniach~~ 18.09.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **EISMAS Sp. z o.o., 04-190 Warszawa, ul. Jubilerska 10** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Krakowski Zarząd Komunalny w Krakowie, 31-586 Kraków, ul. Centralna 53F** protestu ~~protestów~~^{*} z dnia 18.08.2008 r.

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

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **EISMAS Sp. z o.o., 04-190 Warszawa, ul. Jubilerska 10** 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 uiszczonego przez **EISMAS Sp. z o.o., 04-190 Warszawa, ul. Jubilerska 10,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr (słownie:)
przez na rzecz
stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu
.....
- 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 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **EISMAS Sp. z o.o., 04-190 Warszawa, ul. Jubilerska 10.**

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

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego - Krakowski Zarząd Komunalny w Krakowie, na „Dostawę wraz z zainstalowaniem urządzeń do pobierania opłat parkingowych (parkomatów) oraz komputerowego centrum przetwarzania danych dla potrzeb strefy płatnego parkowania w Krakowie ”, opublikowanym w dniu 11.06.2008r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2008/S 112-150274, wykonawca - EISMAS Sp. z o.o.(dalej Protestujący lub Odwołujący) w dniu 18.08.2008r., pismem z tego samego dnia, złożył protest na zaniechanie Zamawiającego polegające na nie przesunięciu terminu składania ofert, pomimo faktu, że Zamawiający nie odpowiedział na wszystkie pytania wykonawców, do czego jest zobligowany zapisami **art. 38** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp, zaś na część pytań udzielił odpowiedzi ostatniego roboczego dnia przed terminem na składanie ofert,

czym uniemożliwił Protestującemu przygotowanie oferty w pełni spełniającej wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) i jej złożenie, a zatem złamał zapisy **art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2** ustawy Pzp, opisując przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję oraz żądając przesunięcia terminu na składanie ofert o czas niezbędny na wyjaśnienie wszystkich wątpliwości, jakie budzą zapisy SIWZ oraz na przygotowanie przez wykonawców ich ofert alternatywnie unieważnienia przedmiotowego postępowania z uwagi na brak możliwości zawarcia w jego efekcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Uzasadniając swój interes prawny Protestujący wskazał, że interes ten może doznać uszczerbku ponieważ Protestujący, składając ofertę, nie ma pewności, czy spełnia ona wszystkie wymagania, a zatem czy w wyniku zaniechania Zamawiającego, nie będzie ofertą podlegającą odrzuceniu.

W uzasadnieniu protestu Protestujący stwierdził, że Zamawiający nie odpowiedział na pytania nr 6, 10, 11, 16, 18, 21, 32, 40 i 46, zadane przez Protestującego dnia 30 czerwca 2008 r., przyznając jednocześnie, że być może odpowiedzi częściowo są zawarte w odpowiedziach na pytania innych wykonawców, jednakże pytania te były sformułowane w inny sposób i udzielone na nie odpowiedzi nie wyczerpują wątpliwości Protestującego.

Wskazał, że Zamawiający w dniu 14 sierpnia 2008 roku na jedno z pytań (pytanie nr 29) udzielił następującej odpowiedzi; „Zamawiający, zgodnie z Ustawą, odpowie na pytania niezwłocznie. Jednocześnie informujemy, iż niektóre specjalistyczne pytania wymagają dłuższych konsultacji”, co w ocenie Protestującego było jednoznaczną informacją dla wykonawców, że Zamawiający nie odpowiedział jeszcze na wszystkie pytania. W takiej sytuacji fakt, że Zamawiający nie przesunął terminu składania ofert może, w ocenie protestującego, rodzić podejrzenie, że jeden (i tylko jeden) z wykonawców spełnia wszystkie wymagania SIWZ, co stoi w sprzeczności z zapisami **art. 7 ust. 1 i 2** ustawy Pzp.

Protestujący zwrócił nadto uwagę, że pytania wykonawców mają służyć wyjaśnieniu treści SIWZ tak, aby jej zapisy były czytelne i jednoznaczne, jednocześnie też, że pytania te stanowią jedyną dopuszczalną formę kontaktu Zamawiającego z wykonawcami, dzięki której niektóre zapisy SIWZ mogą zostać zmodyfikowane tak, aby umożliwić wykonawcom złożenie ofert spełniających wymagania SIWZ.

Protestujący podał, że powziął informację będącą podstawą wniesienia niniejszego protestu dnia 14 sierpnia 2008 roku.

Zamawiający, pismem z dnia 21.08.2008r., doręczonym Protestującemu faksem w tym samym dniu, protest rozstrzygnął poprzez jego odrzucenie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający podniósł, że protest nie podlega merytorycznemu badaniu, ponieważ został złożony z uchybieniem terminów ustawowych. Wskazał, że protest dotyczący postanowień SIWZ wnosi się w terminie 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, co miało miejsce w dniu 11.06.2008r., a co w ocenie zamawiającego oznacza, że termin na zgłoszenie protestów co do treści SIWZ i ewentualnych niejasności związanych z zapisami SIWZ upłynął w dniu 25.06.2008r. Protest Protestującego wpłynął zaś w dniu 18.08.2008r. o godz. 10.00, godzinę przed terminem składania ofert.

Zamawiający stwierdził, że dochował należytej staranności odpowiadając na szereg pytań, aby rozwiać wątpliwości wykonawców i wyjaśnić zapisy SIWZ. Stwierdził także, że pytanie, na które bezpośrednio nie odpowiedział, zawarł już w odpowiedziach na podobne pytania.

Zamawiający stwierdził nadto, że nie stanowi naruszenia art. 38 ustawy Pzp fakt, że nie przedłużył terminu składania ofert, ponieważ przepis art. 38 ust. 6 nakłada na zamawiających taki obowiązek tylko w przypadku, gdy w wyniku modyfikacji treści SIWZ niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach. W przedmiotowym postępowaniu nie doszło do zmiany SIWZ skutkującą potrzebą przedłużenia terminu składania ofert.

Zamawiający podniósł wreszcie brak interesu prawnego Protestującego z uwagi na fakt, że Protestujący nie złożył oferty w tym postępowaniu.

W dniu 26.08.2008r. pismem z tego samego dnia, nadanym w placówce pocztowej operatora publicznego, z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, Protestujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając Zamawiającemu, poza wskazanymi uprzednio w proteście **art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 29 ust. 1 i 2**, także naruszenie **art. 38 ust. 1 i 6 oraz art. 180 ust. 7** ustawy Pzp oraz żądając unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podtrzymał i ponowił argumentację zawartą uprzednio w proteście.

Rozszerzył swoją argumentację odnośnie swojego interesu prawnego wskazując, iż Zamawiający poprzez nieudzielanie odpowiedzi na zadane przez niego pytania pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, naruszając jednocześnie zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie oraz

przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał wyrok Zespołu Arbitrów o sygnaturze UZP/ZO/0-774/08 z dnia 4 lipca 2007 roku oraz wyroki KIO o sygnaturze KIO/UZP/538/08 i KIO/UZP/543/08 z dnia 17 czerwca 2008 roku, a nadto stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie zawarte w wyroku z dnia 19 grudnia 2007 roku (sygn. akt V Ca 2506/07).

Dodatkowo w uzasadnieniu odwołania Odwołujący stwierdził, że Zamawiający, odrzucając protest, nie zadał sobie nawet trudu przeanalizowania jego zarzutów i sugestii, by w sposób kompleksowy zbadać, jaka jest faktyczna przyczyna złożenia protestu tzn. że przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego opisany w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący.

Podkreślił, że Zamawiający błędnie przyjął, iż protest został wniesiony na postanowienia SIWZ. Protest dotyczy zaniechania przez Zamawiającego czynności udzielenia odpowiedzi na zadane przez Odwołującego pytania w przedmiotowym postępowaniu, co w ocenie Odwołującego, wynika z preambuły protestu.

Wskazał, że w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z instytucją odrzucenia protestu, gdyż po pierwsze protest został wniesiony w terminie tj. 18 sierpnia br., czyli 4 dnia od daty powzięcia wiadomości przez Odwołującego, iż w odpowiedziach, których udzielił Zamawiający w dniu 14 sierpnia br na pytania wykonawców nie znajdują się odpowiedzi na zadane przez Odwołującego pytania, po drugie Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do wnoszenia protestów w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż brał czynny udział w niniejszym postępowaniu poprzez zadawanie Zamawiającemu szczegółowych pytań do SIWZ, o czym Zamawiający w momencie rozstrzygnięcia protestu posiadał pełną wiedzę. Zaznaczył także, że nie zachodzą również przesłanki z art. 181 ust. 6 ustawy Pzp

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zobligowany jest w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do niezwłocznego udzielenia wyjaśnień (bez zbędnej zwłoki, możliwie najszybciej) i wyjaśnienie to powinno stanowić wyczerpującą odpowiedź na zapytanie wykonawcy. Zamawiający zobligowany jest do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń.

Wobec faktu, że w przedmiotowym postępowaniu w dniu 18 sierpnia br. doszło do złożenia i otwarcia ofert, żądanie zawarte w proteście w zakresie przesunięcia terminu składania ofert o czas niezbędny na wyjaśnienie wszystkich wątpliwości w tym stanie faktycznym jest już bezprzedmiotowy, natomiast przedmiotowe postępowanie winno zostać unieważnione, gdyż obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp, Izba ma obowiązek odrzucić odwołanie, jeżeli stwierdzi, że protest został wniesiony z uchybieniem terminów określonych w ustawie. Właśnie takich ustaleń dokonał skład orzekający Izby na posiedzeniu.

Z treści protestu EIMAS Sp. z o.o. wynika, że jego przedmiotem jest nie udzielenie przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania nr 6,10,11,16,18,21,32,40 i 46, zawarte w piśmie Odwołującego z dnia 30.06.2008r., a w konsekwencji nie przesunięcie terminu składania ofert w celu wyjaśnienia wszystkich wątpliwości, czym Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu przygotowanie oferty w pełni spełniającej wymagania SIWZ i jej złożenie.

Na posiedzeniu skład orzekający Izby zobowiązany był ustalić, czy złożenie protestu w dniu 18.08.2008r. na zaniechanie przez Zamawiającego udzielenia odpowiedzi na niektóre z pytań z dnia 30.06.2008r., które to pytania dotarły do Zamawiającego w dniu 07.07.2008r. nastąpiło z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, tj. w terminie 7 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu.

Odwołujący podał, że powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu w dniu 14.08.2008r., tj. w dniu, w którym nie znalazł wśród udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi tych, które dotyczyłyby jego pytań.

Skład orzekający Izby ustalił, że po dacie 07.07.2008r., tj. po dacie, w której do Zamawiającego dotarły pytania Odwołującego z dnia 30.06.2008r., a przed datą 14.08.2008r., Zamawiający wielokrotnie, tj. w dniu 09.07.2008r., 18.07.2008r., 29.07.2008r., 07.08.2008r., 11.08.2008r. udzielał odpowiedzi na pytania wykonawców, zamieszczając je na swojej stronie internetowej oraz przekazując je wykonawcom faksem. Nadto pismem z dnia 01.08.2008r., doręczonym wykonawcom w dniu 04.08.2008r. Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ, przedłużając termin składania ofert do 18.08.2008r.

Wobec powyższego, w ocenie składu orzekającego Izby, nie znajduje uzasadnienia twierdzenie Odwołującego, że to dopiero w dacie 14.08.2008r. miał podstawy uznać, że Zamawiający nie odpowiedział na jego pytania. Wiadomość taką Odwołujący mógł powziąć znacznie wcześniej. Z całą pewnością Odwołujący był świadom, że Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na jego pytania choćby w dniu 30.07.2008r., tj. w dniu w którym kierował do

Zamawiającego kolejne zapytanie, będące w istocie „upomnieniem się” o odpowiedzi na pytania z dnia 30.06.2008r.

Ustalając początek biegu terminu na złożenie protestu na zaniechanie udzielenia odpowiedzi na pytania Odwołującego, należy także wziąć pod uwagę przepis art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, który wprost stanowi, że obowiązek udzielania wyjaśnień jest obowiązkiem, który Zamawiający winien wykonać niezwłocznie. Przez pryzmat tego przepisu również nie sposób uznać, że złożenie protestu w dniu 18.08.2008r., tj. 49 - go dnia od zapytania nie jest spóźnione. Nadto tak długa bezczynność Odwołującego dawała Zamawiającemu podstawy, aby uznać, że treść odpowiedzi w pełni wyczerpała wątpliwości wykonawcy - autora pytań.

Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że podstawą złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia, w tym zawarty tam opis przedmiotu zamówienia. Nie złożenie przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu protestu na treść SIWZ nie może być poczytane inaczej niż uznanie przez Odwołującego, że opis przedmiotu zamówienia jest zgodny z przepisem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. w szczególności, że jest to opis jednoznaczny i wyczerpujący, a nadto nie utrudniający uczciwej konkurencji, w następstwie czego należy przyjąć, że opis taki umożliwia przygotowanie oferty. Wyjaśnienia co do treści SIWZ służyć mają poprawie przejrzystości i jednoznaczności poszczególnych postanowień SIWZ, nie dezaktualizując jednak możliwości złożenia poprawnej oferty na podstawie treści SIWZ.

Powyższe przesądza o konieczności odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4) ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejsze ~~wyrok~~ postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*