

Sygn. akt: KIO/UZP 869 /08

WYROK
z dnia 3 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Anna Packo

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 września 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **MAW Telecom International S.A. ul. Chocimska 14, 00-791 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polska Agencja Żeglugi Powietrznej ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa** protestu z dnia **30 sierpnia 2008 r.**

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

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Polską Agencję Żeglugi Powietrznej ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa** 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 **MAW Telecom International S.A. ul. Chocimska 14, 00-791 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Polską Agencję Żeglugi Powietrznej ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa** na rzecz **MAW Telecom International S.A. ul. Chocimska 14, 00-791 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (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 **MAW Telecom International S.A. ul. Chocimska 14, 00-791 Warszawa.**

Uzasadnienie

Odwołujący - MAW Telecom International S.A. z/s w Warszawie, po zapoznaniu treścią ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę symulatora kontroli ruchu lotniczego, prowadzonego w formie przetargu ograniczonego, zarzucił Zamawiającemu - Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej, naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 48 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zakwestionował oddalenie przez Zamawiającego zarzutu protestu dotyczącego ustalenia warunku udziału w postępowaniu, posiadania minimalnego doświadczenia, w sposób, naruszający zasadę uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał na treść punktu III.2.3 ogłoszenia, w którym Zamawiający stwierdził, iż w przypadku, gdy wartość zamówienia podanego w wykazie wykonanych dostaw będzie wyrażona w innej walucie niż PLN, wówczas dokona przeliczenia na PLN według kursu z dnia ogłoszenia. Przy tak postawionym warunku, możliwa jest sytuacja, w której taka sama dostawa wystarczy jednemu wykonawcy do potwierdzenia spełnienia warunku, a innego wyeliminuje z przetargu. Okoliczność taka nastąpi, jeżeli wykonawca z Polski zakupił przed trzema laty symulator kontroli ruchu lotniczego od wykonawcy z zagranicy i sprzedał go w Polsce za kwotę 30 mln PLN, co wg kursu z dnia 17.07.2005 r. /1 USD = 3,43 PLN/ stanowiło 8.746.356 USD. Za tę samą kwotę w dolarach amerykańskich wykonawca z zagranicy sprzedałby w tym samym dniu symulator. Jednakże sprzedaż tego wykonawcy przeliczona według kursu z dnia ogłoszenia, wynoszącego 1 USD = 2,05 PLN, została by dokonana, wg warunków ogłoszenia, za kwotę 17.930.029,15 PLN, co w konsekwencji nie potwierdzałoby spełnienia warunku podmiotowego w zakresie zdolności technicznej, wykazania wykonanych dostaw o wartości nie mniejszej niż 30.000.000 PLN netto.

Odwołujący stwierdził ponadto, że Zamawiający nie pozwolił na sumowanie dostaw wykazywanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Uniemożliwia to ubieganie się o zamówienie przez wykonawców – potentatów rynku międzynarodowego. W odwołaniu zarzucono Zamawiającemu brak rozeznania rynkowego w zakresie przedmiotu oraz wartości zamówienia. Wskazano, że spośród czterdziestu dziewięciu ogłoszeń o udzieleniu zamówienia, publikowanych w Dzienniku Urzędowym WE, tylko jedno osiągnęło kwotę 8.400.000 euro, a nie jest ono wystarczające do spełnienia warunków. Postawiony zatem warunek dostawy za min. 30 mln PLN jest dyskryminujący i narusza zasadę uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że dla oceny doświadczenia istotniejszy od wskazanej wartości, jest przedmiot zamówienia, realizowane funkcje, pakiet szkoleń, wdrożeń i usług serwisowych.

Drugi zarzut protestu podtrzymany w odwołaniu dotyczy nie zamieszczenia w treści

ogłoszenia obiektywnych kryteriów podmiotowych wyboru wykonawców oraz sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zarzut ten nie był rozpatrywany przez Zamawiającego z powodu omyłki pisarskiej Odwołującego. Zamawiający, jak wskazano w odwołaniu, zawarł niezbędne informacje w przedmiotowym zakresie, w dokumencie wewnętrznym pt. „Wymagania dotyczące przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”, nie znajdującym oparcia w przepisach ustawy, a jednocześnie nie wypełnił w sposób kompletny i zgodny z prawem treści ogłoszenia.

Wobec naruszenia art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy w zw. z Rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1564/1002 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procesów zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, Odwołują stoi na stanowisku, że nastąpiło naruszenie procedury skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania, gdyż działania i zaniechania Zamawiającego obarczyły postępowanie nieusuwalną wadą, uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Wskazując na powyższe zarzuty oraz odnosząc się do wniosku Zamawiającego złożonego na rozprawie, o umorzenie postępowania, Odwołujący stwierdził, że sprawa powinna być rozstrzygnięta wyrokiem unieważniającym postępowanie na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 w związku z art. 191 ust . 3, a także art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy wobec braku wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający stwierdził, że w toku postępowania ustalił zaistnienie wad prawnych skutkujących unieważnieniem postępowania i dnia 19.08.2008 r. podjął taką decyzję uznając, że w ogłoszeniu o zamówieniu w sposób nie dość precyzyjny sformułowano opis sposobu oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu czynność ta została oprotestowana przez innego wykonawcę, a według wiedzy Zamawiającego, w dniu dzisiejszym upływa termin wniesienia odwołania w tej sprawie. Zamawiający potwierdził, że podstawa unieważnienia postępowania oznacza de facto potwierdzenie zasadności jednego zarzutu protestu i odwołania.

Zamawiający podniósł, że czynność unieważnienia postępowania została podjęta skutecznie, jest ważna, jakkolwiek „nieprawomocna” i jest wysoce prawdopodobne, że odwołanie od oddalenia protestu dokonanego na zasadzie przepisu art. 183 ust. 3 ustawy, na czynność unieważnienia nie zostanie wniesione.

Wskazując tę okoliczność wniósł o umorzenie postępowania jako bezprzedmiotowe.

Na wypadek nie uwzględnienia tego wniosku Zamawiający złożył wniosek ewentualny o unieważnienie postępowania, przychylając się w tym zakresie do stanowiska Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron przedstawionymi na rozprawie ustaliła, co następuje.

Odwołujący wniósł o unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Konieczność unieważnienia postępowania została również przyznana przez Zamawiającego, który 19 sierpnia 2008 r. dokonał czynności unieważnienia postępowania potwierdzając w rzeczywistości, iż w ogłoszeniu o zamówieniu w sposób nieprawidłowy sformułowano opis sposobu oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Podczas rozprawy przyznał również, iż powyższe unieważnienie de facto było uwzględnieniem protestu Odwołującego po jego wcześniejszym oddaleniu. W związku z tym Izba uznaje za uzasadnione stanowisko Odwołującego o zaistnieniu przesłanek unieważnienia postępowania.

Potwierdzono ponadto zaistnienie kolejnej przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93. ust 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec bezskutecznego upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Izba uznaje za uzasadnione stanowisko Odwołującego o zaistnieniu przesłanek unieważnienia postępowania.

Unieważnienie postępowania nastąpiło dnia 19 sierpnia 2008 r., tj. po dniu wniesienia odwołania, co wskazuje na interes prawny Odwołującego we wniesieniu odwołania. Oznacza to jednocześnie, zważywszy że kategoria interesu prawnego ma charakter materialnoprawny, iż rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie zapada w formie wyroku.

Skład orzekający Izby stwierdza, że podjęta przez Zamawiającego czynność unieważnienia postępowania, jakkolwiek nie jest ostateczna w dacie wyrokowania, została podjęta skutecznie i zgodnie z prawem. W konsekwencji dokonanego stwierdzenia Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie, nie unieważniła postępowania ani nie nakazała unieważnić postępowania, gdyż takie rozstrzygnięcie, na obecnym etapie postępowania i w ustalonym stanie faktycznym byłoby niewykonalne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawo Zamówień Publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*