

Sygn. akt KIO/UZP 232/08

WYROK
z dnia 31 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Członkowie: Dagmara Gałczewska - Romek
Renata Tubisz
Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BIATEL S.A., Warszawa, Plac Piłsudskiego 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Instytut Pamięci Narodowej- Komisja Ścigania Zbrodni Przeciwko Narodowi Polskiemu, Warszawa, pl. Krasińskich 2/4/6** protestu z dnia 28 lutego 2008 r.

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

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i unieważnia postępowanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Instytut Pamięci Narodowej- Komisja Ścigania Zbrodni Przeciwko Narodowi Polskiemu, Warszawa, pl. Krasińskich 2/4/6**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **BIATEL S.A., Warszawa, Plac Piłsudskiego 1.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Instytut Pamięci Narodowej- Komisja Ścigania Zbrodni Przeciwko Narodowi Polskiemu, Warszawa, pl. Krasińskich 2/4/6** na rzecz **BIATEL S.A., Warszawa, Plac Piłsudskiego 1,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu.
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx 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 **BIATEL S.A., Warszawa, Plac Piłsudskiego 1.**

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego - Instytut Pamięci Narodowej – Komisję Ścigania Zbrodni Przeciwko Narodowi Polskiemu protest wniósł P.H.U. Bestpol, Ossowski Lech. Protestujący zarzucił, że Zamawiający bezprawnie dokonał czynności polegających na modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w zakresie warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania oraz czynności sprostowania ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz zaniechał dokonania czynności przedłużenia terminu ofert, czym naruszył przepisy art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniami art. 38 ust. 5, 12 ust. 4 oraz 38 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655). Powołując się na uszczerbek w swoim interesie prawnym polegającym na uniemożliwieniu ubiegania się o zamówienie Protestujący wniósł o unieważnienie postępowania oraz alternatywnie o przedłużenie terminu składania ofert.

W uzasadnieniu Protestujący wywiódł, że Zamawiający dokonując w dniu 22 lutego 2008 roku modyfikacji SIWZ przez skreślenie w pkt V. SIWZ pt „Dokumenty/oświadczenia jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” ppkt 6 i 7 w brzmieniu:

„6) dołączą do oferty oświadczenie producentów lub polskich przedstawicielstw producentów o posiadaniu przez wykonawcę autoryzacji do sprzedaży, instalacji oraz konfiguracji ich rozwiązań na terenie Polski – dotyczy sprzętu - zgodnie wymaganiami w załączniku nr 2 do SIWZ”;

7) dołączą do oferty oświadczenie producentów lub polskich przedstawicielstw producentów o posiadaniu przez wykonawcę autoryzacji do sprzedaży, instalacji oraz konfiguracji ich rozwiązań na terenie Polski – dotyczy oprogramowania - zgodnie wymogami w załączniku nr 2 do SIWZ”

dokonał w istocie modyfikacji warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania. Twierdzenie te wywodził Protestujący z faktu, że skoro ww. dokumenty były żądane przez Zamawiającego na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu to Zamawiający wymagał od wykonawców spełniania warunków wynikających z tych dokumentów. Z powyższego wynika, że naruszony został bezwzględny zakaz modyfikacji SIWZ wynikający z art. 38 ust. 5 ustawy, co winno skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Protestujący wskazał ponadto, że w dniu 26 lutego 2008 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nastąpiła publikacja sprostowania Ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający w pkt III.2.3. Ogłoszenia skreślił pkt 4 i 5, których treść odpowiadała ww. ppkt. 6 i 7 Rozdziału V SIWZ. Powołując się na ww. okoliczność Protestujący wywiódł, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 12 ust. 4 ustawy, gdyż sprostowanie Ogłoszenia o zamówieniu jest możliwe jedynie w stosunku do błędów polegających na niezgodności treści ogłoszenia z treścią ogłoszenia przekazanego do publikacji. Zdaniem Protestującego naruszenie normy art. 12 ust. 4 ustawy powoduje konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy, gdyż czynność Zamawiającego polegająca na niezgodnym z prawem sprostowaniu treści ogłoszenia nie może być konwalidowana.

Na poparcie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 38 ust. 6 ustawy Protestujący wskazał, że w dniu 22 lutego 2008 roku Zamawiający zmodyfikował SIWZ w ten sposób, że w tabeli 5 w pkt 8 „Wymagania systemowe dla klienta” po słowach „Windows 2000 Server” wpisał słowa „lub Windows 2000 Advanced Server”. Stanowi to zmianę merytorycznych wymagań SIWZ, która pociąga za sobą konieczność wprowadzenia zmian w ofertach, co powinno skutkować przedłużeniem terminu składania ofert. Zamawiający nie przedłużył tego terminu. Dodatkowo Protestujący wskazał, że modyfikacja SIWZ dotycząca pkt V ppkt 6 i 7 SIWZ mogła rozszerzyć krąg wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, jednak z uwagi na zbyt krótki czas pozostały do upływu terminu składania ofert nie mogli oni przygotować i złożyć oferty.

Opisane działania Zamawiającego stanowią rażące naruszenie przepisów ustawy w szczególności zasady równości i uczciwej konkurencji określonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

Wskutek powiadomienia o wniesieniu protestu z zachowaniem terminu wynikającego z art. 181 ust. 4 pkt 1 ustawy do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił BIATEL Spółka Akcyjna (BIATEL albo Odwołujący się), który wobec braku rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu oraz w odwołaniu wniesionym z zachowaniem terminu ustawowego BIATEL podtrzymał zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 38 ust. 5 i art. 12 ust. 4 ustawy zawarte w proteście P.H.U. Bestpol, Ossowski Lech oraz wywiódł, że Zamawiający prowadzi postępowanie i dąży do zawarcia umowy, mimo, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, czym narusza art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Uzasadniając powyższe BIATEL podtrzymał i rozszerzył argumentację zawartą w proteście P.H.U. Bestpol, Ossowski Lech, z powołaniem się na orzecznictwo arbitrażowe oraz zgodnie ze stanowisko doktryny w zakresie naruszenia przez czynność modyfikacji SIWZ art. 38 ust. 5 ustawy. Odwołujący się wskazał ponadto, że Zamawiający dokonał otwarcia ofert w dniu 28 lutego 2008 roku. Zatem nie jest możliwe „wycofanie dokonanych z naruszeniem ustawy modyfikacji treści SIWZ i ogłoszenia” z uwagi na treść art. 38 ust. 4 ustawy.

Interes prawny we wniesieniu odwołania BIATEL uzasadniał w ten sposób, że w przypadku uznania złożonej przez niego oferty za najkorzystniejszą w postępowaniu zawarłby z Zamawiającym umowę w sprawie zamówienia publicznego, która byłaby nieważna z mocy prawa (ze skutkiem *ex tunc*). Skutkowałoby to koniecznością wzajemnego zwrotu przez strony umowy wszystkich wynikających z nich świadczeń, co generowałoby niepotrzebne koszty.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, Ogłoszenia o zamówieniu, sprostowania ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ oraz wysłuchała oświadczeń pełnomocników na rozprawie. Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego zważyła i ustaliła, co następuje.

Odwołujący się posiada interes prawny we wniesieniu odwołania. Orzecznictwo i doktryna jednoznacznie ustalają, że krąg wykonawców mogących wnosić środki ochrony prawnej na treść dokumentów postępowania jest nieoznaczony. Ponadto zgodnie z art. 1 ust. 3 Dyrektywy Rady 89/665/EWG prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej powinien mieć „co najmniej każdy podmiot, który miał lub ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia”, Odwołujący się niewątpliwie do tej kategorii należy.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w DZUUE w dniu 19 stycznia 2008 roku pod numerem 2008/S 13-015619. SIWZ jest dostępna na stronie internetowej Zamawiającego.

Warunki udziału w postępowaniu określa pkt IV SIWZ. Zgodnie z jego treścią „W przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki podmiotowe:

1. spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. są uprawnieni do występowania w obrocie prawnym w zakresie objętym zamówieniem,
3. znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia – posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem na kwotę nie mniejszą niż wartość oferty brutto w zł (w przypadku składnia oferty przez Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 23 Ustawy PZP warunek ten musi być spełniony co

najmniej przez jednego z Wykonawców lub łącznie przez kilku lub wszystkich Wykonawców).

2. Inne:

1. dostarczą przedmiot zamówienia fabrycznie nowy,
2. zapewnią minimum 12-miesięczną gwarancję opartą na gwarancji producenta na dostarczany sprzęt – o ile wymagania szczegółowe nie specyfikują inaczej,
3. oprogramowanie powinno być dostarczone z minimum rocznym wsparciem producenta - o ile wymagania szczegółowe nie specyfikują inaczej

W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy mają złożyć dokumenty wskazane w pkt V SIWZ. Ppkt 6 i 7 przewidywał obowiązek złożenia:

- oświadczenia producentów lub polskich przedstawicielstw producentów o posiadaniu przez wykonawcę autoryzacji do sprzedaży, instalacji oraz konfiguracji ich rozwiązań na terenie Polski – dotyczy sprzętu - zgodnie z wymaganiami w załączniku nr 2 do SIWZ (ppkt 6);

- oświadczenia producentów lub polskich przedstawicielstw producentów o posiadaniu przez wykonawcę autoryzacji do sprzedaży, instalacji oraz konfiguracji ich rozwiązań na terenie Polski – dotyczy oprogramowania - zgodnie z wymogami w załączniku nr 2 do SIWZ (ppkt 7)

Opis spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawarty w pkt IV SIWZ wskazywał, że: Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonana metodą „spełnia – nie spełnia” w oparciu o dokumenty, oświadczenia i informacje zawarte w ofercie. Z treści załączonych dokumentów musi jednoznacznie wynikać, że stawiane warunki Wykonawca spełnił. Niespełnienie warunków określonych w pkt 1 skutkować będzie wykluczeniem z postępowania a w przypadku warunków określonych w pkt 2 odrzuceniem oferty.

W dniu 22 lutego 2008 r. wskutek pytania jednego z wykonawców Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w taki sposób, że wykreślił z Pkt V opisany wyżej ppkt, 6 i 7 o czym poinformował wykonawców.

W dacie tej Zamawiający przesłał do DZUUE sprostowanie Ogłoszenia o zamówieniu odpowiadające dokonanej modyfikacji SIWZ, które zostało opublikowane w dniu 26 lutego 2008 roku pod numerem 2008/S 39-052678.

Ustawa przewiduje możliwość zmian w treści SIWZ. Jednak Zamawiający nie może dokonać jej w sposób dowolny. Art. 38 ust. 4 stanowi, że modyfikacja może być dokonana w

szczególnie uzasadnionych przypadkach przed terminem składania ofert, zaś art. 38 ust. 5 nakłada na Zamawiającego przedmiotowe ograniczenia w dokonywaniu modyfikacji. Zgodnie z tym przepisem modyfikacja SIWZ nie może dotyczyć kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu ich spełniania. Istotą sporu w rozpatrywanym odwołaniu jest ustalenie, czy dokonana przez Zamawiającego w dniu 22 lutego 2008 roku modyfikacja SIWZ dotyczy elementów SIWZ wymienionych w art. 38 ust. 5 ustawy.

W ocenie Izby dokumenty wymienione w pierwotnej treści SIWZ w Rozdziale V ppkt 6 i 7 w ustanowiły warunek udziału w postępowaniu o charakterze podmiotowym. Świadczy o tym treść „oświadczenia producentów lub polskich przedstawicielstw producentów o posiadaniu przez wykonawcę autoryzacji...”

Zatem Izba stwierdza, że Zamawiający usuwając z katalogu dokumentów - oświadczenia producentów lub polskich przedstawicielstw producentów sprzętu i oprogramowania o posiadaniu przez wykonawcę autoryzacji do sprzedaży, instalacji oraz konfiguracji ich rozwiązań na terenie Polski (Pkt V, ppkt 6 i 7 SIWZ) dokonał faktycznej modyfikacji SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu. Okoliczność, że zmiana dotyczyła jednostki redakcyjnej SIWZ wymieniającej katalog wymaganych dokumentów nie ma wpływu na powyższą ocenę. Istotne jest, że pierwotnie o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się jedynie wykonawcy posiadający autoryzację producentów lub polskich przedstawicielstw producentów sprzętu i oprogramowania do sprzedaży, instalacji oraz konfiguracji ich rozwiązań na terenie Polski. Po dokonanej modyfikacji warunki udziału w postępowaniu spełniać mogli również wykonawcy nie posiadający tego przymiotu.

Dokonana zmiana wpłynęła również istotnie na opis warunków udziału w postępowaniu. Skoro Zamawiający przewidział, że spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców oceni na podstawie złożonych oświadczeń i dokumentów metodą „spełnia - nie spełnia” to zmiana katalogu dokumentów stanowi bezpośrednią ingerencję w dokonany pierwotnie opis (podobnie P. Granecki w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz.”, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007, str. 164)

Zatem Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu oceny ich spełniania, czym naruszył bezwzględny zakaz wynikający z art. 38 ust. 5 ustawy.

Na powyższą ocenę nie ma wpływu fakt, że dokonana zmiana SIWZ umożliwi ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego większej liczbie wykonawców, niż pierwotne wymagania Zamawiającego zawarte w ogłoszeniu.

Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Łodzi „Uregulowany w art. 38 ust. 5 ustawy zakaz zmian SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania jest jednym z uregulowań zmierzających do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Powyższe informacje podlegają publikacji w ogłoszeniach o zamówieniu, które stanowią dla potencjalnych wykonawców podstawę oceny możliwości wzięcia udziału w postępowaniu. Zmiana warunków udziału w postępowaniu (...) w trakcie postępowania wywiera wpływ na liczbę zainteresowanych wykonawców i wynik postępowania.”

Izba stwierdza, że modyfikacja SIWZ dokonana przez Zamawiającego godzi w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 7 ustawy, w szczególności równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Zatem zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 38 ust. 5 ustawy potwierdził się, co stanowi bezwzględna przesłankę unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

Badając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 12. ust. 4 ustawy Izba stwierdza, że ostatnia nowelizacja ustawy wprowadziła nowe regulacje w stosunku do Ogłoszeń publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych i obecnie można dokonywać ich sprostowania o ile nie dotyczy ono opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania. Regulacje dotyczące ogłoszeń o zamówieniu publikowanych w DzUUE pozostały niezmienione. Zatem należy przyjąć, że *de lege lata* regułą jest zakaz dokonywania sprostowania Ogłoszenia opublikowanego w DzUUE. Jedyne wyjątek przewiduje art. 12 ust. 4 ustawy w sytuacji, gdy nastąpił błąd polegający na niezgodności opublikowanego Ogłoszenia z treścią ogłoszenia przekazaną do publikacji. Do przeciwnych wniosków nie prowadzi również odwołanie się o przepisów kodeksu cywilnego stosownie do dyspozycji art. 14 ustawy. Art. 70¹ § 3 k.c. daje możliwość zmiany lub odwołania warunków aukcji lub przetargu jedynie w sytuacji, gdy zastrzeżono to w ich treści, co w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest możliwe. Czynność sprostowania Ogłoszenia o zamówieniu była dokonana bez podstawy prawnej a ponieważ sprostowanie dotyczyło warunków udziału w postępowaniu (z przyczyn szczegółowo opisanych wyżej) powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na względzie powyższe Izba uznała zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 12 ust. 4 ustawy za potwierdzony.

Dokonane bezprawnie zmiany treści ogłoszenia analogicznie jak dokonane zmiany SIWZ stanowią w ocenie Izby rażąco naruszenie przepisów ustawy mające wpływ na wynik postępowania. Postępowanie dotknięte jest wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego i powinno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

Art. 191 ust. 3 zd. 1 ustawy zobowiązuje Izbę do rozpatrywania odwołania w granicach zarzutów protestu. W związku z tym Izba nie rozpatrzyła oddzielnie zgłoszonego w odwołaniu zarzutu prowadzenia przez Zamawiającego postępowania i dążenia do zawarcia umowy, mimo, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 3 ustawy.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*