

Sygn. akt: KIO/UZP 661/08

POSTANOWIENIE
z dnia 14 lipca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Lubomira Matczuk-Mazuś**

Członkowie: **Emil Kuriata**
 Luiza Łamejko

Protokolant: **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 14 lipca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **CONSULTRONIX S.A., 30-017 Kraków, ul. Raławicka 58** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Szczecinie, 70-382 Szczecin, ul. Jagiellońska 44** protestu z dnia 18 czerwca 2008r.

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

orzeka:

1) odrzuca odwołanie,

2) kosztami postępowania obciąża CONSULTRONIX S.A., 30-017 Kraków, ul. Raławicka 58

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 uiszczonego przez **CONSULTRONIX S.A., 30-017 Kraków, ul. Raławicka 58,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3942 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści dwa złote zero groszy) przez **CONSULTRONIX S.A., 30-017 Kraków, ul. Raławicka 58** na rzecz **Zakładu Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Szczecinie, 70-382 Szczecin, ul. Jagiellońska 44** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu reprezentacji przed KIO oraz kosztów dojazdu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 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 **CONSULTRONIX S.A., 30-017 Kraków, ul. Raławicka 58.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę laserowej platformy do korekcji wad wzroku dla ZOZ MSWiA w Szczecinie”, Odwołujący CONSULTRONIX S.A. z siedzibą w Krakowie wniósł w dniu 24 czerwca 2008r. odwołanie (poprzez złożenie w placówce pocztowej operatora publicznego – Kraków 63) od rozstrzygnięcia protestu poprzez jego odrzucenie, dokonane przez Zamawiającego Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Szczecinie.

W odwołaniu i w proteście wniesionym w dniu 18 czerwca 2008r. faksem, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 38 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. U.E. L Nr 134, strona 114, z dnia 30.04.2004r.) poprzez wyznaczenie niezgodnego z prawem terminu na złożenie ofert,
- art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego dostępu do informacji w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania podał, że na skutek braku pełnej implementacji dyrektywy klasycznej do prawa krajowego w zakresie przedłużenia terminu składania ofert na skutek modyfikacji SIWZ, stosuje się bezpośrednio postanowienia dyrektywy. Wskazał, że Zamawiający uwzględniając protest (rozstrzygnięcie z dnia 12 czerwca 2008r.) wniesiony przez CARL ZEISS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zmienił termin składania ofert, przedłużając go o 8 dni i wyznaczył nowy termin na 20 czerwca 2008r. Odwołujący wywodził w proteście i w odwołaniu, że w przypadku nawet modyfikacji SIWZ, termin na składanie ofert powinien być liczony od początku, jako termin 52 dniowy.

Zamawiający rozstrzygnął protest (pismo z dnia 19 czerwca 2008r.), określając, że go odrzuca z powodu wniesienia przez podmiot nieuprawniony (art. 180 ust. 7 Pzp), tj. przez podmiot nie posiadający interesu prawnego. Jednocześnie stwierdził, że protest podlega oddaleniu i że nie zgadza się z zarzutem Odwołującego, bowiem z art. 38 dyrektywy, którego nie można interpretować rozszerzająco, nie wynika obowiązek zastosowania terminu 52 dniowego składania ofert, w razie modyfikacji SIWZ. Przepisy ustawy art. 38 ust. 4 - 5 Pzp dotyczą modyfikacji SIWZ oraz ogłaszania tych zmian i nie pozostają w sprzeczności z art. 38 dyrektywy, ani tym bardziej w sprzeczności z celami tej dyrektywy. Art. 38 dyrektywy reguluje wyłącznie termin składania ofert, a nie termin modyfikacji SIWZ i przedłużania terminu składania ofert w takim przypadku.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła do udziału w posiedzeniu niejawnym strony postępowania i po dokonaniu czynności formalnoprawnych i sprawdzających, mających na celu przygotowanie rozprawy, na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, dostarczonej przez Zamawiającego oraz wyjaśnień pełnomocników stron złożonych podczas posiedzenia ustaliła, co następuje:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę laserowej platformy do korekcji wad wzroku dla ZOZ MSWiA w Szczecinie” prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655) dla dostaw i usług (wartość zamówienia przekraczająca wyrażoną w złotych równowartość kwoty 133 000 euro).

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dz. Urz. UE z dnia 03.05.2008r. 2008/S 86-117090 i zmienione w Dz. Urz. UE z dnia 8.05.2008r. 2008/S 89-120320 poprzez dopuszczenie składania ofert wariantowych (pkt II.1.9). SIWZ zamieszczona została na stronie internetowej Zamawiającego www.szpitalmswia.szczecin.pl.

Pismem z dnia 27.05.2008r., doręczonym Odwołującemu w dniu 28.05.2008r. faksem, Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ poprzez m.in. zmianę treści załącznika nr 6 „Zestawienie parametrów techniczno-użytkowych oferowanego urządzenia” w zakresie pkt

II.4, zmienił również tytuł pkt II.7 „Minimalne parametry sprzętowe Komputerów obsługujących platformę diagnostyczną (Topograf i Aberrometr)” w ten sposób, że wyraz „Komputerów” zastąpił wyrazem „Komputera”, po punkcie II.4 dodał punkt II. 4a o treści dotyczącej minimalnych parametrów sprzętowych komputera przygotowanego do odczytu danych ze zintegrowanego systemu Topografu i Aberrometru. Zmienił również pkt I.17 (zwiększając masę lasera maksymalną z 260 kg do 350 kg) i pkt III.1 załącznika 6 (wykreślając w części dotyczącej zintegrowanego łóżka pacjenta – 1 sztuka, maksymalną wagę do 260 kg). Jednocześnie Zamawiający przedłużył termin składania i otwarcia ofert i wyznaczył ten termin na dzień 18.06.2008r.

Na powyższe czynności Zamawiającego wykonawca CARL ZEISS Sp. z o.o. wniósł protest w dniu 2.06.2008r. Zamawiający wezwał do udziału w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia protestu Odwołującego w dniu 3.06.2008r., przekazując kopię protestu i wyznaczając 3 dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania. Pismo to doręczono faksem Odwołującemu w dniu 3.06.2008r. Odwołujący nie przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Zamawiający uwzględnił protest w całości (pismo z dnia 12.06.2008r.) i przywrócił do stanu poprzedniego opisu przedmiotu zamówienia w części załącznika nr 6 pkt 1.17 i III.1, dotyczącego masy systemu wraz z łóżkiem (według pisma z dnia 27.05.2008r.) oraz uwzględnił wniosek Protestującego dotyczący zmiany pkt II.7 załącznika nr 6 w części parametrów sprzętowych komputera obsługującego platformę diagnostyczną Topograf i Aberrometr. Uwzględniając więc protest Zamawiający wycofał się z modyfikacji SIWZ, wprowadzonej pismem z dnia 27.05.2008r. w załączniku nr 6 pkt I.17 i III.1. Przedłużył jednocześnie termin składania ofert do dnia 20.06.2008r. O powyższych czynnościach Zamawiający zawiadomił wykonawców poprzez zamieszczenie rozstrzygnięcia protestu i informacji o modyfikacji SIWZ na swojej stronie internetowej.

Odwołujący wniósł protest w dniu 18.06.2008r. faksem, wobec czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu zmian w SIWZ oraz niewyznaczeniu minimalnego terminu wymaganego prawem na złożenie ofert, a tym samym spowodowanie naruszenia przepisów prawa UE oraz ustawy Pzp. Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący wniósł odwołanie, w którym wskazał naruszenie przez Zamawiającego art. 38 dyrektywy klasycznej i art. 7 ust. 1 Pzp i podał, iż Zamawiający dokonując modyfikacji SIWZ, przedłużył termin składania ofert o 8 dni, zamiast o 52 dni, zgodnie z art. 38 dyrektywy klasycznej.

Podczas posiedzenia Odwołujący potwierdził, że zarzutem odwołania jest zbyt krótki termin pomiędzy dokonaniem modyfikacji SIWZ, która nastąpiła w dniu 12.06.2008r., a terminem składania ofert wyznaczonym na 20.06.2008r. Wyjaśnił również, że 8 dniowy termin liczył od dnia 12.06.2008r. (rozstrzygnięcie protestu wniesionego przez CARL ZEISS Sp. z o.o.) do dnia 20.06.2008r., jako nowy termin składania ofert. Nie wskazał przy tym,

okoliczności, z powodu których nie zareagował na przedłużenie terminu składania ofert dokonane przez Zamawiającego pismem z dnia 27.05.2008r., którym zmodyfikowano SIWZ i zmieniono termin składania ofert z 11.06.2008r. na 18.06.2008r. Jednoznacznie Odwołujący stwierdził, że jedynym właściwym terminem na złożenie ofert, przedłużonym w wyniku modyfikacji SIWZ, jest termin 52 dniowy, wynikający z art. 38 dyrektywy klasycznej i przepis ten w tym przypadku powinien być zastosowany. Odwołujący także potwierdził, że nie występował do Zamawiającego o dodatkowe przedłużenie lub wyznaczenie innego terminu składania ofert, poprzestając wyłącznie na twierdzeniu, iż termin ten jest określony jako przepis prawny obligujący Zamawiającego, wynikający ze wskazanego art. 38 dyrektywy. Z dokumentacji dostarczonej przez Zamawiającego oraz potwierdzenia złożonego podczas posiedzenia wynika, że w postępowaniu, z zachowaniem terminu składania ofert, oferty złożyli Odwołujący i CARL ZEISS Sp. z o.o. Z faktu tego wynika, że wyznaczony przez Zamawiającego termin składania ofert nie stanowił przeszkody w złożeniu oferty przez Odwołującego. Odwołujący nie wskazał podczas posiedzenia jaki akt prawny, orzeczenie, bądź inny dokument potwierdzają, iż przepis art. 38 ust. 6 Pzp pozostaje w sprzeczności z art. 38 dyrektywy klasycznej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Treścią rozpoznawanego odwołania jest zgodnie z potwierdzeniem Odwołującego, ustalenie przedłużonego terminu składania ofert w wyniku dokonanej modyfikacji SIWZ na podstawie art. 38 ust. 6 Pzp, tj. terminu, który wynosi co najmniej 7 dni. Zdaniem Odwołującego termin ten wynika wprost z art. 38 dyrektywy klasycznej i nie może być skracany, niezależnie od oceny Zamawiającego czy przedłużenie terminu jest istotnie potrzebne i jaki jest niezbędny czas tegoż przedłużenia. Odwołujący stwierdził, że nie ma w tym przypadku zastosowania art. 38 ust. 6 Pzp.

KIO uznała, że w przypadku dokonania modyfikacji treści SIWZ, Zamawiający ocenia jaki czas dodatkowy jest niezbędny na wprowadzenia zmian w ofertach. Przepis art. 38 ust. 6 Pzp stanowi, że w przypadku wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, termin ten wynosi co najmniej 7 dni.

W ocenie KIO, termin na wniesienie protestu przez Odwołującego w przedmiocie podważenia dokonanego przez Zamawiającego ustalenia niezbędnego, dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach, jaki wynika z art. 38 ust. 6 Pzp, według Odwołującego 52 dniowego z art. 38 dyrektywy klasycznej, rozpoczął bieg zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp, jako termin 7 dniowy od dnia, w którym Odwołujący powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Pierwsze zawiadomienie o sposobie przedłużenia terminu składania ofert w wyniku dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ, przekazano Odwołującemu w dniu 28.05.2008r. poprzez doręczenie

pisma z dnia 27.05.2008r., w którym Zamawiający określił, iż nowy termin składania ofert ustala na dzień 18.06.2008r. Z uwagi na fakt, że pierwotny termin składania ofert w myśl pkt 8.1 SIWZ ustalony został na dzień 11.06.2008r., Odwołujący powziął wiadomość, że Zamawiający przedłużając termin składania ofert na dzień 18.06.2008r., przedłużył ten termin o 7 dni, a nie o 52 dni, czego domaga się Odwołujący. Zatem, termin na wniesienie protestu, którego treścią jest zakwestionowanie czynności Zamawiającego polegającej na przedłużeniu terminu składania ofert na podstawie art. 38 ust. 6 Pzp, a nie art. 38 dyrektywy, rozpoczął bieg w stosunku do Odwołującego, od daty doręczenia mu pisma z dnia 27.05.2008r., tj. od dnia 28.05.2008r. i upłynął po 7 dniach, tj. w dniu 4.06.2008r. Odwołujący nie zakwestionował wówczas tego terminu, nie potrafił również wyjaśnić dlaczego tego nie dokonał. Dopiero przy następnej czynności przedłużenia terminu składania ofert, wniósł protest w dniu 18.06.2008r., powołując się na okoliczności, o których powziął wiadomość w dniu 28.05.2008r..Protest ten jest wniesiony po upływie terminu określonego w art. 180 ust. 2 Pzp.

Podkreślić przy tym należy, że modyfikacja SIWZ dokonana pismem z dnia 27.05.2008r. dotyczyła szerszego zakresu przedmiotowego, niż modyfikacja dokonana rozstrzygnięciem protestu z dnia 12.06.2008r. Ponadto, zdaniem Izby, nie zachodzą żadne podstawy, by w przedstawionym stanie faktycznym należało stosować przepis art. 38 dyrektywy klasycznej, a nie przepis art. 38 ust. 6 Pzp, który reguluje kwestię szczególną, a mianowicie przedłużania terminu składania ofert, w wyniku modyfikacji treści SIWZ. Podstaw takich nie wskazał Odwołujący. Odwołujący złożył w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie ofertę, co wskazuje, że nie doznał żadnych przeszkód w tym zakresie. Potwierdził zresztą podczas posiedzenia, że nie chodziło o dłuższy termin składania ofert, niż wskazał to Zamawiający, a wyłącznie o termin wynikający z art. 38 dyrektywy klasycznej, tj. 52 dniowy, który jest terminem składania ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, KIO stwierdziła, że protest został wniesiony z uchybieniem terminu ustawowego, wynikającego z art. 180 ust. 2 Pzp i odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Uwzględniono koszty Zamawiającego, na które składa się wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3600 zł oraz koszty związane z dojazdem na posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej, w kwocie 342 zł. Koszty potwierdzone rachunkami: faktura VAT nr 01/07/2008 z dnia 14.07.2008r. i kserokopie biletów PKP na przejazd Szczecin Główny – Warszawa Centralna, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

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. zm.) na niniejsze wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*