Sygn. akt: KIO 1866/14

WYROK
z dnia 25 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NMG Sp. z o.o., CALLTECH Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Jurex" Zakład Produkcji Urządzeń Elektrycznych J. G., Bydgosta Sp. z o.o., ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez **Port Lotniczy Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Białych Błotach, ul. Paderewskiego 1, 86-005 Białe Błota.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża **Port Lotniczy Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Białych Błotach, ul. Paderewskiego 1, 86-005 Białe Błota** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NMG Sp. z o.o., CALLTECH Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Jurex" Zakład Produkcji Urządzeń Elektrycznych J. G., Bydgosta Sp. z o.o., ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Portu Lotniczego Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Białych Błotach, ul. Paderewskiego 1, 86-005 Białe Błota** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NMG Sp. z o.o., CALLTECH Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Jurex" Zakład Produkcji Urządzeń Elektrycznych J. G., Bydgosta Sp. z o.o., ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz** kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1866/14

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Remont systemu elektroenergetycznego lotniska w Porcie Lotniczym Bydgoszcz S.A.” Odwołujący Konsorcjum Firm: NMG Sp. z o.o., Calltech sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "JUREX" Zakład Produkcji Urządzeń Elektrycznych J. G., Bydgosta sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu sprzeczne z art. 89 ust. 1

pkt. 2 ustawy PZP odrzucenie oferty poprzez wadliwe oparcie się na przepisach art. 108 kodeksu cywilnego w związku z art. 58 § 1 kodeksu cywilnego przez ich błędne zastosowanie do sytuacji zaistniałej w przetargu co nastąpiło wskutek pomylenia przez Zamawiającego pojęć czynności prawnych i instytucji pełnomocnictwa z obszaru prawa cywilnego z czynnościami faktycznymi i instytucją pełnomocnika/funkcjonariusza z obszaru prawa administracyjnego.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie ponownej oceny oferty Odwołującego oraz o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania.

Zgodnie z treścią SIWZ Wykonawcy, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zobowiązani byli do wykazania, że posiadają zatrudnionego zgodnie z art. 2 pkt 18 ustawy pełnomocnika ds. ochrony informacji niejawnych. Zgodnie z treścią SIWZ należało złożyć dokumenty, tj. poświadczenie bezpieczeństwa osobowego Pełnomocnika ochrony informacji niejawnych oraz zaświadczenie stwierdzające odbycie przez Pełnomocnika ochrony szkolenia w zakresie informacji niejawnych. Odwołujący w treści oferty wskazał, że pełnomocnikiem zatrudnionym przez wszystkich członków konsorcjum jest Pan A. P. . Bezsporne pomiędzy stronami jest, że w odniesieniu do tej osoby załączono wszystkie niezbędne dokumenty, które potwierdzają spełnienie przez Pełnomocnika ds. ochrony informacji niejawnych wymagań określonych w treści SIWZ.
Pan A. P. pełni również u Zamawiającego funkcję Pełnomocnika ds. ochrony informacji niejawnych.
Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. W treści uzasadnienia wskazał, że niedopuszczalnym jest uznanie oferty Odwołującego za prawidłową i ważną w świetle przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych oraz ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny.
W dalszej części uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że: „Zgodnie z dokumentacją niniejszego postępowania Pan A. P. będzie sprawował nadzór, przeprowadzał szkolenie i doradztwo z zakresu ochrony informacji niejawnych przezywanych

---

Wykonawcy podczas realizacji zamówienia. Dokumenty sporządzane przez Zamawiającego w ramach niniejszego zamówienia dotyczące informacji niejawnych będą wymagały współpracy pełnomocników obu stron - tj. Zamawiającego oraz Wykonawcy, w tym Pełnomocnik ds. ochrony informacji niejawnych zobowiązany będzie do akceptowania dokumentów przedstawianych mu przez Pełnomocnika Wykonawcy, w szczególności w taki sposób dokonywana jest akceptacja instrukcji bezpieczeństwa i sporządzanie dla obu stron planu ochrony informacji niejawnych. W przypadku realizacji zamówienia przez Wykonawcę dojdzie do sytuacji, w której Pełnomocnik Zamawiającego będzie dokonywał czynności z samym sobą - będzie on reprezentował obie strony czynności prawnej. Ustawowy zakaz dokonywania takich czynności został zawarty w treści art. 108 Kodeksu cywilnego. Od zakazu wynikającego z art. 108 zd. 1 Kodeksu cywilnego przepis ten wprowadza dwa wyjątki. Pierwszy z nich polega na tym, że dopuszczalność czynności "z samym sobą" może wynikać z treści pełnomocnictwa. Drugi natomiast wyraża się w tym, że ze względu na treść czynności prawnej wyłączona jest możliwość naruszenia interesów mocodawcy. Dla uznania czynności pełnomocnika "z samym sobą" za dopuszczalną wystarczające jest zaistnienie jednej ze wskazanych okoliczności. W niniejszej sytuacji faktycznej Zamawiający, mając na uwadze fakt, iż Pełnomocnik reprezentuje obie strony postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego i będzie zatwierdzał w imieniu Zamawiającego czynności, które sam wykona jako Wykonawca godzą w interesy Zamawiającego, nie gwarantując kontroli nad prawidłowością realizacji zamówienia w tym zakresie. W danym przypadku wysoce prawdopodobnym jest, iż wystąpić może kolizja interesów pełnomocnika i interesów mocodawcy. Pełnomocnik bowiem, działając w imieniu Wykonawcy winien czynić starania o to, by jego czynności jako Wykonawcy były akceptowane i przyjmowane przez Zamawiającego, co nie gwarantuje bezwzględnie, iż akceptacja ta będzie dokonywana zgodnie w rzeczywistymi wymaganiami Zamawiającego w tym zakresie.
Lege non distinguente występujące w przepisie art. 108 k.c. pojęcie "interesy mocodawcy" należy rozumieć zarówno jako interesy prawne, jak i interesy faktyczne (w szczególności ekonomiczne). Zatem, mając na uwadze powyższe, Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty nieważnej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8) ustawy z dnia 29 stycznia

2004 r. Prawo zamówień publicznych. Podstawę do stwierdzenia nieważności oferty stanowi art. 108 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Dokonanie wyboru niniejszej oferty doprowadzi do sytuacji, której dokonywane przez pełnomocnika czynności będą sprzeczne z ustawą, tj. ze wskazanym powyżej art. 108 Kodeksu cywilnego."

Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił, że treść załącznika nr 3 do wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ wskazywała, że przedmiotem czynności pełnomocnika ds. informacji niejawnych w trakcie realizacji zamówienia będzie nadzór, kontrola, szkolenie i

doradztwo w zakresie ochrony informacji niejawnych przekazywanych wykonawcy z ramienia Zamawiającego.
Art. 108 k.c. stanowi, że pełnomocnik nie może być drugą stroną czynności prawnej, której dokonuje w imieniu mocodawcy.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego. W treści odwołania wskazał, że art. 108 k.c. przedmiotowo odnosi się do czynności prawnych, nie zaś czynności faktycznych. W przypadku zawarcia kontraktu między Odwołującym a Zamawiającym nie może być mowy o jakichkolwiek dalszych czynnościach prawnych.
Odwołujący wyjaśnił, że rola pełnomocnika ds. ochrony informacji niejawnych sprowadza się do realizacji ustawowych zadań o charakterze czysto faktycznym, płynących wprost z art. 15 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych (dalej uoin).
Odwołujący argumentował, że należy odróżnić pojęcia stosowane na gruncie prawa cywilnego od pojęć stosowanych przez ustawodawstwo administracyjnoprawne. W myśl ustawy o ochronie informacji niejawnych pełnomocnik ds. ochrony informacji niejawnych jest osobą zaufania publicznego (art. 14 ust. 3), która działając w strukturze jednostki organizacyjnej, w której są przetwarzane informacje niejawne ponosi odpowiedzialność za ich ochronę oraz zorganizowanie i zapewnienie funkcjonowania tej ochrony (art. 14 ust. 1-3 ustawy). W rzeczywistości więc pełnomocnik ds. ochrony informacji niejawnych jest na gruncie tej ustawy funkcjonariuszem a nie pełnomocnikiem w ujęciu cywilistycznym.
Podkreślił, że w żadnej mierze ustawa nie przyznaje takiej osobie uprawnień do dokonywania czynności prawnych, a w szczególności całkowicie niemożliwe jest już dokonywanie czynności prawnych o charakterze dwustronnym.
Odwołujący podkreślał, że Zamawiający wadliwie odczytuje rolę i miejsce pełnomocnika ds. ochrony informacji niejawnych i sytuuje je w systemie prawa cywilnego utożsamiając dwa pojęcia: pełnomocnika z k.c. i pełnomocnika-funkcjonariusza z uoin i sprowadzając oba do pojęcia regulowanego art. 108 k.c.
Odwołujący wskazał także, że nie sposób znaleźć miejsce w uzasadnieniu odrzucenia, dla zastosowanego przez Zamawiającego przepisu art. 58 k.c. gdyż uzasadnienie odrzucenia milczy w jakim momencie mielibyśmy do czynienia z czynnością prawną nieważną. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie był w stanie doprecyzować na czym naruszenie z art. 58 k.c. mogłoby polegać.
Nadto, w ocenie Odwołującego, treść uzasadnienia odrzucenia oferty w części dot. akceptowania Instrukcji bezpieczeństwa przemysłowego przez strony jest niezgodna z tymi regulacjami jak i z treścią ustawy o ochronie informacji niejawnych.

W ocenie Odwołującego uzasadnienie odrzucenia, w części odnoszącej się sporządzania

Planu ochrony jest niezgodne nie tylko z ustawą o ochronie informacji niejawnych ale również ze stanem faktycznym. Pełnomocnicy ds. ochrony informacji niejawnych stron nie konsultują dla obu stron Planu ochrony dot. realizacji kontraktu.
Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt. 5 uoin plan ochrony opracowuje Pełnomocnik jednostki organizacyjnej dot. rozwiązań ochrony informacji niejawnych, w tym reguluje on sytuacje związane z systemem ochrony informacji niejawnych w razie wprowadzenia stanu nadzwyczajnego. Jakakolwiek współpraca, konsultacje Pełnomocników stron w zakresie opracowania Planu ochrony dla obu stron łącznie nie mają miejsca gdyż wykraczałoby to poza treść art. 15 ustawy o ochronie informacji niejawnych. Plan zatwierdza Kierownik jednostki organizacyjnej (np. Prezes Portu, Prezes NMG, Właściciel JUREX). Plan taki

(podobnie jak instrukcja dot. obiegu informacji niejawnych) jest wyłącznie dokumentem regulującym zasady spełniania przez jednostkę organizacyjną wymagań ustawowych.
Odwołujący zwrócił także uwagę na fakt, że Pełnomocnik nie organizuje szkolenia dla innych podmiotów (pracowników innych jednostek organizacyjnych). Mówi o tym wprost zapis ustawy o ochronie informacji niejawnych jak również reguluje to zapis w umowie współpracy z Partner-System A. P. .
Uprawnienie do przeprowadzenia szkoleń nie odbywa się na podstawie jakichkolwiek pełnomocnictw a płynie z ustawy (art.19 ust. 2 pkt 3 uoin), w związku z uzyskaniem poświadczeń bezpieczeństwa i odbycia szkoleń wydawanych przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego lub Służbę Kontrwywiadu Wojskowego (art. 14 ust.3 pkt. 3 i 4 uoin).
Odwołujący podkreślił, że pełnomocnik nie zatwierdza jakichkolwiek czynności w imieniu zamawiającego a odpowiada wyłącznie za przestrzeganie przepisów o ochronie informacji niejawnych w danej jednostce organizacyjnej określonych w ustawie oraz np. w dokumentach zatwierdzonych przez Prezesa Portu (np. Planu ochrony informacji niejawnych w Porcie Lotniczym). Do określenia jakichkolwiek czynności, działań w zakresie organizacji systemu ochrony informacji niejawnych ma prawo i obowiązek, zgodnie z art. 14 ust. 1 uoin wyłącznie Prezes Portu Lotniczego lub Kierownicy innych jednostek organizacyjnych (np. NMG, JUREX).

Oprócz odrzucenia oferty na podstawie art. 108 w zw. z art. 58 k.c. Zamawiający wskazał w treści uzasadnienie odrzucenia, że zaoferowane przez Odwołującego analizatory firmy Schneider Electric Industries SAS PM 810 nie spełniają wymagań określonych przez Zamawiającego w treści programu funkcjonalno-użytkowego oraz w koncepcji remontu systemu elektroenergetycznego, ponieważ nie spełniają wymagań technicznych oraz wymogów dokładności.
Zamawiający nie wystąpił o dodatkowe wyjaśnienia, gdyż uznał że sprawa Pana A. P. była dla niego wystarczającą przesłanką odrzucenia oferty, a nadto, wyjaśnienia pozostałych

---

wykonawców były dla niego wystarczające aby powziąć przekonanie, iż analizatory nie spełniają jego wymogów.

Zamawiający wyjaśnił w trakcie rozprawy, że wymagania dotyczące analizatora zostały zawarte w OPZ na str. 45 (koncepcja remontu). Zgodnie z pkt. 16 SIWZ ppkt. Ł wykonawcy byli zobowiązani załączyć szczegółowy wykaz oferowanego sprzętu. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, w tym Odwołujący zaoferowali analizator PM810. Zamawiający upewnił się u producenta ww. analizatorów, czy oferowane urządzenia spełniają wszystkie wymagania SIWZ. Zamawiający dokonał ustaleń, że zaoferowany analizator nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie parametrów: współczynniki mocy biernej/czynnej, harmoniczne prądów i napięć fazowych aż do 51-ej, rejestracja zapadów i zaników napięcia, klasa dokładności 0.2S dla mocy i energii zgodnie z normą PN-EN 62053-22, klasa A dla pomiaru parametrów jakości energii elektrycznej zgodnie z normą PN-EN 61000-4-30. Zamawiający zwrócił się do wykonawców Logon S.A. oraz Megapol o wyjaśnienie, czy zaoferowane analizatory spełniają wymagania SIWZ.

Odwołujący w treści odwołania podniósł, że gdyby Zamawiający postępował zgodnie z w/w ustawowymi regułami przetargowymi i wystąpił o uzyskanie wyjaśnień wówczas możliwe byłoby usunięcie wątpliwości związanych z wymogami analizatorów.
Odwołujący wskazał, że producent analizatorów Firma Schneider Electric Industries SAS dostarczył oświadczenie, że na potrzeby realizacji tego konkretnego zamówienia publicznego zapewni wykonanie specjalne analizatorów parametrów sieci PM 810 według specyfikacji zgodnej z Załącznikiem nr 1. Odwołujący załączył do odwołania zapytanie techniczne do firmy Schneider Electric Polska Sp. z o.o., oświadczenie firmy Schneider Electric Polska Sp. z o.o.
W ocenie Odwołującego, Zamawiający we właściwym czasie nie widział potrzeby wyjaśnień zatem ich nadesłanie na obecnym etapie sprawy nie uchybia regułom postępowania i ewentualnym powtórzeniu czynności oświadczenie Schneider Electric Polska Sp. z o.o. będzie miało walor w pełni zgodny z art. 26 ust.4 PZP.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

7

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu. W sytuacji potwierdzenia zarzutów postawionych w odwołaniu, miałby szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Jak wynika z treści zawiadomienia o wynikach postępowania, podstawą odrzucenia oferty Odwołującego było stwierdzenie przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego jest nieważna na podstawie art. 108 w związku z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Zdaniem Zamawiającego, nieważność oferty Odwołującego wynikać ma z faktu, że pełnomocnikiem ds. ochrony informacji niejawnych Odwołującego ma być Pan A. P., który jest także pełnomocnikiem do spraw ochrony informacji niejawnych Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego, w takiej sytuacji pełnomocnik do spraw ochrony informacji niejawnych reprezentował będzie obie strony postępowania, co w świetle brzmienia art. 108 kodeksu cywilnego jest niedopuszczalne i prowadzić ma do nieważności oferty Odwołującego na podstawie art. 58 § 1 kodeksu cywilnego.

Ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Przede wszystkim wskazać należy, że Zamawiający błędnie uznał, że w odniesieniu do oferty złożonej przez Odwołującego, zastosowanie może mieć art. 108 kodeksu cywilnego. Przepis ten dotyczy wyłącznie czynności prawnych dwustronnych i ma zastosowanie do sytuacji, w której pełnomocnik dokonuje czynności prawnej „z samym sobą", tj. pełnomocnik jest albo drugą stroną czynności prawnej, której dokonuje, albo jest pełnomocnikiem obu stron tej czynności. Co do zasady (art. 108 kodeksu cywilnego przewiduje od tej zasady dwa wyjątki), sytuacja taka uznawana jest za niedopuszczalną i prowadzi do nieważności czynności prawnej na podstawie art. 58 kodeksu cywilnego. Jednakże na etapie oceny ofert, powołanie się przez Zamawiającego na 108 kodeksu cywilnego jest bezpodstawne. Przede wszystkim Odwołujący nie udzielił Panu A. P. pełnomocnictwa do reprezentacji Odwołującego w niniejszym postępowaniu, ani też do zawarcia umowy z Zamawiającym. Z treści wyjaśnień Zamawiającego wynika, że również Zamawiający nie udzielił Panu A. P. pełnomocnictwa do reprezentacji Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu Pan A. P. nie złożył jako pełnomocnik oferty w imieniu Zamawiającego, ponadto, samo złożenie oferty stanowi jednostronną czynność prawną, a art. 108 kodeksu cywilnego ma zastosowanie wyłącznie do czynności prawnych dwustronnych. Ponadto brak jest podstaw do uznania, że w przypadku wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, Pan A. P. podpisałby tę umowę jako pełnomocnik zarówno w imieniu Odwołującego, jak i Zamawiającego.

8

Zastosowanie przez Zamawiającego w niniejszej sprawie hipotezy art. 108 kodeksu cywilnego jest nieprawidłowe także z innego powodu. Zamawiający przeoczył bowiem okoliczność, że pełnomocnik do spraw ochrony informacji niejawnych, o którym mowa w ustawie o ochronie informacji niejawnych (w szczególności w art. 14 i 15 tej ustawy) i którym zarówno u Zamawiającego, jak i u Odwołującego jest Pan A. P., nie jest pełnomocnikiem, o którym mowa w art. 96 oraz art. 98 – 109 kodeksu cywilnego. Ustawa o ochronie informacji niejawnych nakłada na jednostki organizacyjne obowiązek zatrudnienia pełnomocników do spraw ochrony informacji niejawnych, jednakże pomimo użycia w ustawie określenia „pełnomocnik", brak jest podstaw do uznania, że pełnomocnik do spraw ochrony informacji niejawnych jest pełnomocnikiem, o którym mowa w art. 96 oraz 98 – 109 kodeksu cywilnego, a więc osobą uprawniona do działania w cudzym imieniu.
Nadto należy podkreślić, że jak jednoznacznie wynika z treści art. 108 kodeksu cywilnego, przepis ten dotyczy wyłącznie sytuacji dokonywania czynności prawnych.
Jak wynika z zakresu zadań, które wykonawca ma pełnomocnik do spraw ochrony informacji

niejawnych (art. 15 ustawy o ochronie informacji niejawnych), do zakresu jego zadań i uprawnień nie należy dokonywanie czynności prawnych. Brak jest podstaw do uznania za czynności prawne sprawowanie nadzoru, przeprowadzanie szkoleń i doradztwo z zakresu ochrony informacji niejawnych, przekazywanych wykonawcy podczas realizacji zamówienia – a taki zakres zadań pełnomocnika do spraw ochrony informacji niejawnych określił Zamawiający w SIWZ. Nie sposób uznać, że wykonywanie tych zadań bezpośrednio zmierzać będzie do powstania, zmiany lub ustania stosunku prawnego, co pozwalałoby na uznanie ich za czynności prawne.
Z powyższych względów brak jest podstaw do przyjęcia, że do złożenia przez Odwołującego oferty może mieć zastosowanie art. 108 kodeksu cywilnego, a co za tym idzie, brak jest również podstaw do uznania tej oferty za nieważną na podstawie art. 58 § 1 kodeksu cywilnego.
Izba zauważa także, że sam Zamawiający w treści informacji o wyniku postępowania nie wskazał okoliczności faktycznych uzasadniających odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 58 kc.

W ocenie Izby oferta Odwołującego nie może zostać uznana za nieważną. Oferta została założona zgodnie z wymaganiami SIWZ. Treść SIWZ nie zakazywała wskazania na stanowisko pełnomocnika ds. informacji niejawnych osoby, która jednocześnie jest zatrudniona u Zamawiającego. Przedstawione przez Zamawiającego obiekcje dotyczą wyłącznie etapu realizacji zamówienia, nie zaś etapu badania i oceny złożonej oferty. Czynność badania i oceny ofert jest objęta ustawą Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający bada ofertę pod kątem złożonych w niej dokumentów na chwilę składania ofert. Odwołujący złożył ofertę, która odpowiada wymaganiom SIWZ. Osoba wyznaczona do roli pełnomocnika ds. informacji niejawnych spełnia wymagania postawione w SIWZ, co nie jest sporne pomiędzy stronami. W ocenie Izby nie jest zasadne odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy jego oferta nie jest niezgodna z przepisami prawa, spełnia wymagania SIWZ. Tym samym, w ocenie Izby niezasadne było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 108 i 58 kc.

Izba nie odnosiła się do podnoszonych przez Zamawiającego w trakcie rozprawy nowych podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że zachodzą podstawy do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Należy zauważyć, że Zamawiający nie wskazał takiej podstawy prawnej ani okoliczności faktycznych wykluczenia Odwołującego z postępowania w piśmie zawierającym informację o wyniku postępowania. Tym samym Odwołujący nie mając wiedzy, że taka może być podstawa wykluczenia go z postępowania, nie miał możliwości ewentualnego podniesienia zarzutu w tym zakresie. Odwołanie zatem nie zawiera zarzutów w tym zakresie. Stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Zamawiający podnosił w treści odpowiedzi na odwołanie, że Odwołujący dokonał wadliwego sformułowania zarzutu, gdyż zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, podczas gdy podstawę do odrzucenia oferty stanowił art. 89 ust. 1 pkt 8 tej ustawy.
Izba zauważa jednak, że pomimo, iż Odwołujący wskazał wadliwą podstawę prawną odrzucenia jego oferty, to przytoczył okoliczności faktyczne, które odnosiły się do podstawy jego odrzucenia, a więc okoliczności co do nieważności jego oferty na podstawie art. 108 w związku z art. 58 kc. W ocenie Izby zarzut stanowią przede wszystkim przywołane okoliczności faktyczne. Fakt, że Odwołujący wskazał błędną podstawę prawną odrzucenia jego oferty, nie oznacza że nie podniósł zarzutu. Z treści odwołania wynika wprost, że Odwołujący sformułował zarzuty odnoszące się do podstawy jego odrzucenia, zatem nawet błędne wskazanie podstawy prawnej odrzucenia jego oferty nie może skutkować zaniechaniem rozpoznania zarzutów przez Izbę lub automatycznym oddaleniem odwołania. Wskazane przez niego okoliczności zasługują na rozpatrzenie, tym bardziej, że w treści odwołania Odwołujący odnosił się także do podstawy prawnej wskazywanej przez

Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia i wskazywał na błędne zastosowanie art. 108 kc i 58kc. do sytuacji zaistniałej w przetargu.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego zaniechania wyjaśnienia treści oferty Odwołującego Izba uznała powyższy zarzut za uzasadniony.
Zamawiający jest zobowiązany do równego traktowania wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców została wyrażona w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro Zamawiający zwracał się do pozostałych wykonawców o wyjaśnienia co do zaoferowanych analizatorów PM810, winien równocześnie wyjaśnić tę okoliczność z Odwołującym. Należy zauważyć, że Zamawiający w treści informacji o wyniku postepowania wskazał, że nie występował o wyjaśnienia do Odwołującego z uwagi na stwierdzoną inną podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego. Z powyższego wynika, że również Zamawiający widział potrzebę wyjaśnienia treści oferty Odwołującego, jednakże ze względu na inną podstawę odrzucenia takich wyjaśnień nie dokonał.
Odwołujący załączył do odwołania oświadczenie, w którym przedstawiciel producenta oświadczył, że na potrzeby realizacji inwestycji Portu Lotniczego w Bydgoszczy zapewni wykonanie specjalne analizatorów parametrów sieci PM810 wg specyfikacji zgodnej z załącznikiem 1. Izba uznała, że w świetle powyższych okoliczności, Zamawiający winien dokonać czynności powtórnego badania i oceny ofert, w tym ewentualnego wezwania do wyjaśnień w zakresie zaoferowanych urządzeń oraz oceny złożonego przez Odwołującego ww. oświadczenia. Należy bowiem podkreślić, że to w gestii Zamawiającego leży ocena przestawionych dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań określonych w postepowaniu.

Należy zauważyć, że Zamawiający unieważnił postepowanie przetargowe na podstawie artykułu 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Odwołujący w treści odwołania nie podnosił zarzutu naruszenia powyższego artykułu i okoliczności faktycznych w tym zakresie. Jednakże Odwołujący zaskarżył czynność odrzucenia swojej oferty. Należy podkreślić, że czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 jest konsekwencją okoliczności odrzucenia ofert wykonawców w postępowaniu, w tym (w niniejszym postępowaniu) oferty Odwołującego. Zatem zaskarżenie czynności wcześniejszej (tj. odrzucenia oferty Odwołującego), która stanowiła podstawę unieważnienia postępowania i uwzględnienie zarzutu przez Izbę, będzie stanowiło podstawę do dokonania przez Zamawiającego unieważnienia czynności unieważnienia postepowania oraz dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, pomimo braku podniesienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.
Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.
Izba nie zasądziła kosztów wnioskowanych przez pełnomocnika Odwołującego. Stosownie do §3 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, do kosztów postepowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postepowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę, wynagrodzenie pełnomocników. Z powyższego wynika, że Izba może zaliczyć do kosztów postępowania koszty w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Odwołujący w trakcie rozprawy przedstawił ustny wniosek o zasądzenie kosztów, nie precyzując o jaki rodzaj kosztów chodzi, nie wskazując również ich

wysokości, a co najważniejsze, nie przestawiając w tym zakresie żadnych rachunków. W związku z powyższym brak było podstawy do zasądzenia wnioskowanych kosztów.

Przewodniczący:

……