

WYROK
z dnia 01.02.2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Renata Tubisz

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 17 i 28.01.2008 r. i rozprawie w dniu 28.01.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **MAW Telecom International S.A, Warszawa, ul. Chocimska 14** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jednostka Wojskowa Nr 3823 w Dęblinie, Dęblin, ul. Brygady Pościgowej 5** protestu z dnia 11.12.2007 r.

przy udziale **Gildia Sp. z o.o., Lublin, ul. Rudnicka 26** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego- po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **MAW Telecom International S.A, Warszawa, ul. Chocimska 14**
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 **MAW Telecom International S.A, Warszawa, ul. Chocimska 14.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx.
- 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 **MAW Telecom International S.A, Warszawa, ul. Chocimska 14.**

2

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę symulatora kontroli ruchu lotniczego – Zp/N/38/2007 zostało wszczęte przez Zamawiającego Jednostkę Wojskową Nr 3823, ul. Brygady Pościgowej 5, 08-521 Dęblin ogłoszeniem w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2007/S 190-231369 w dniu 03 października 2007r.

W dniu 17 października 2007 r. firma „MAW TELECOM International” SA, ul. Chocimska 14, 00-791 Warszawa zwana dalej MAW TELECOM International pobrała Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

W dniu 11 grudnia 2007r. (faxem) MAW TELECOM International na podstawie art. 179 oraz art. 180 ust.1 przepisów Ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwana dalej ustawą Pzp wniósł protest na następujące czynności Zamawiającego:

- czynność zmiany opisu przedmiotu zamówienia w sytuacji braku

- szczególnego uzasadnienia czym naruszono art. 38 ust.4 ustawy Pzp;
- wpisanie nowych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia powodujących, że naruszona została zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców to jest art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust.2 ustawy Pzp;
- załączenie do SIWZ załącznika 1a, który nie definiuje opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, czym naruszono art. 29 ust.1 ustawy Pzp;
- zmianę kryterium oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, czym naruszono art. 38 ust.5 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe, Protestujący wniósł o:

- zmianę lub usunięcie zaskarżonych zapisów;
- ustalenie jednoznacznego sposobu oceny ofert alternatywnie
- unieważnienie postępowania.

Uzasadniając wniesienie protestu Protestujący podniósł, że modyfikacja SIWZ z dnia 04 i 05.12.2007 r. wprowadziła istotną modyfikację opisu przedmiotu zamówienia dodając do SIWZ nowy załącznik nr 1a zawierający liczne, wcześniej nie ujęte, wymagania oraz wprowadzając nowe rozumienie warunku udziału w postępowaniu, legitymowania się przez wykonawców ubiegających się o zamówienie niezbędnym doświadczeniem w załączniku nr 5.

Po pierwsze, jego zdaniem Zamawiający wprowadza zalecenie, aby wszystkie

3

moduły oprogramowania były oparte na tej samej platformie sprzętowej (punkt 1 załącznika nr 1a). Według jego wiedzy jest tylko jeden producent, którego produkty spełniają to wymaganie, pozostali muszą wykonać dodatkowe czynności integracyjne, które wcześniej nie były konieczne. Uważa że stwierdzenie „zaleca” stwarza problemy interpretacyjne, nie określa czy sprzęt musi, czy nie musi spełniać niniejszy wymóg, taki opis według jego jest sprzeczny z wymaganiami art. 29 ust.1 ustawy Pzp.

Po drugie, Zamawiający żąda według niego, aby system posiadał zdolność do odzwierciedlania modelu terenu w dowolnym obszarze Ziemi (dla celów symulacji w oparciu o zdjęcia satelitarne - punkt 6 załącznika nr 1a). Uważa, że wymóg ten nie ma uzasadnienia, prowadzi do znaczącego podwyższenia ceny, podaje wobec tego w wątpliwość aktualność oszacowania wartości zamówienia przed data wszczęcia postępowania, utrudnia dostęp do zamówienia szerokiego rynku wykonawców, narusza art.7 ust.1 oraz art. 29 ust.2 ustawy Pzp.

Po trzecie, w części „Moduł wieżowy – zestaw urządzeń” (punkt 9 załącznika nr 1a) wprowadza wymóg wyposażenia terminala obsługi planów lotów AFTN w laserową drukarkę pasków.

Po czwarte, w części „Moduł wieżowy – zestaw urządzeń” (punkt 10 załącznika nr 1a) wprowadza nową liczbę pseudopilotów, ograniczając tym samym konkurencję i podnosząc cenę zestawu.

Po piąte, w części „Moduł wieżowy – zestaw urządzeń” (punkt 14 załącznika nr 1a) wprowadza konieczność wyposażenia wynośnego modułu dydaktycznego w komputer przenośny (laptop) i projektor multimedialny.

Po szóste, w punkcie 4 żąda możliwości szkolenia FAC, pilota i operatora wskaźnika laserowego. W załączniku nr 1 żądał Zamawiający szkolenia na stanowisku wysuniętego nawigatora naprowadzania lotnictwa (FAC) i na stanowisku operatora laserowego wskaźnika celów. W nowym załączniku 1a w części „Moduł FAC” w punkcie 4 kolumnie II wpisano zdaniem Protestującego wymagania na szkolenia pilotów na stanowisku pseudopilota. Powyższe generalnie, wprowadza jego zdaniem wymóg szkolenia pilota w ogóle. Podobnie Protestujący odczytuje żądanie dodatkowej kabiny (kolumna II). Powyższe zapisy jego zdaniem naruszają przepisy art.7 ust.1, art.29 ust.1 i 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo, podnosi iż zapis pod tabelą załącznika nr 1a: „niniejsza tabela jest elementem pomocniczym dla zamawiającego” stwarza problemy interpretacyjne, nie wiadomo czy nie spełnienie żądań z ww tabeli będzie skutkowało odrzuceniem, czy też oferta będzie oceniona. Protestujący nie wie także czy taka oferta jest porównywalna z ofertą spełniającą zapisy załącznika nr 1a. Uważa także, iż Zamawiający nie wskazał uzasadnienia ich wprowadzenia, tak jak warunkuje to art. 38 ust.4 ustawy Pzp.

nagłówka z pierwotnego: „Wykazy wykonanych oraz wykonywanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówień na dostawę aparatury, urządzeń i aparatury o przeznaczeniu wojskowym lub związanych z dostawą urządzeń służących do zabezpieczenia ruchu lotniczego na kwotę co najmniej 5.000.000 zł brutto (...)” na: „Wykazy wykonanych oraz wykonywanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówień na dostawę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. symulatora kontroli ruchu lotniczego na kwotę co najmniej 5.000.000 zł brutto (...)” doprowadziła do zmiany kryterium oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, co narusza art. 38 ust.5 ustawy Pzp.

W wyniku powyższych czynności Zamawiającego, zdaniem Protestującego, jego interes prawny może doznać uszczerbku.

W dniu 11 grudnia 2007 r. faxem oraz za pośrednictwem strony internetowej Zamawiający przekazał Wykonawcom kopię protestu MAW TELECOM International i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 11 grudnia 2007 r. faxem (12.12.2007 r. pocztą) Gilda Sp. z o.o., ul. Rudnicka 26, 20-140 Lublin (pismem z dnia 11 grudnia 2007 r.), a w dniu 13 grudnia 2007 r. faxem i pocztą (pismem z tego samego dnia) INS Sp. z o.o., ul. Leśna 24 A, 31-080 Zabierzów przyłączyli się do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego.

Pierwszy z w/w przyłączył się do protestu w części dotyczącej kryterium oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i żąda oddalenia w tym zakresie (także w tym umiejscawia swój interes prawny). Uważa, iż zarzut powyższy był przedmiotem czynności Zamawiającego z dnia 03.12.2007 r. i jako taki został podniesiony w proteście po terminie. Podnosi fakt, iż oprotestowany zapis jest wynikiem wcześniejszej procedury protestacyjnej i ostatecznego rozstrzygnięcia zapadłego w jego wyniku. Przypomina, iż Protestujący brał udział w tej procedurze i popierał działania Przystępującego, który wtedy był Protestującym. Ówczesne działanie Zamawiającego miało na celu doprecyzowanie, czego dotyczyć mają dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw. Zdaniem Przystępującego wcześniejsze zgoda Protestującego w zestawieniu z obecnym działaniem, wskazują na zupełny brak wiedzy w zakresie tego: „jakiego zapisu powinien się domagać, aby skutecznie wziąć udział w niniejszym postępowaniu”. Doprecyzowanie jak twierdzi Przystępujący uległ zapis „(...) przedstawia wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie (co najmniej jednej/1/ dostawy na kwotę min. 5.000.000 zł. brutto, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należyście)” a Protestujący

nie zrozumiał wcześniejszego rozstrzygnięcia, mylnie cytując zapisy z załącznika, ponieważ nie tej części SIWZ dotyczy niniejsze doprecyzowanie. Kopie przyłączenia Przystępujący przekazał Protestującemu 11.12.2007 r.

Drugi z w/w przyłączył się do protestu wnosząc o jego oddalenie w całości, zgodnie ze swoim interesem prawnym. Uważa, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, tj. taki, który zapewnia, że wykonawca będzie w stanie, bez dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy, czy roboty budowlane) i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zmatowienia będą w nim uwzględnione. Załącznik nr 1a jest elementem pomocniczym jak uważa za Zamawiającym Przystępujący, a opis przedmiotu zmatowienia pozwala wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Zapis w/w nie utrudnia uczciwej konkurencji, czym nie narusza art. 29 ust.2 ustawy Pzp.

Powołując się na orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 04.04.2003 r. (UZP/ZO/0-348/03) cytuje za nim: „Ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes”, co

dowodzi, zdaniem Przystępującego, iż w przypadku dostaw sprzętu szkoleniowego dla następnie wykorzystania w przygotowaniu osób (żołnierzy) do obrony kraju w pełni uzasadnia czynności Zamawiającego. Zamawiający nie chciał pominąć cech obiektywnych przedmiotu świadczenia, wskazując iż istnienie całego szeregu parametrów, którymi można opisywać poszczególne przedmioty zamówienia, które jednak nie muszą być użyteczne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia i nie muszą znajdować się w jego opisie, aby ten mógł być uznany za prawidłowy. Nadmierne uszczegółowienie grozi bowiem, jak twierdzi, utrudnieniem uczciwej konkurencji, dlatego też Zamawiający wskazał w załączniku nr 1 a elementy, które mogą być użyteczne i pomocnicze dla oceny przedmiotu zamówienia jednakże wskazując, iż przede wszystkim w „dostawie ma być zapewniona kompatybilność i możliwość pracy łącznej dostarczanych elementów”. Wskazując w załączniku nr 1a na elementy pomocnicze, Zamawiający każdorazowo wskazywał na zasadę oraz elementy jej składowe, posługując się wskazaniem, iż w przypadkach uzasadnionych możliwym jest posłużeniem się przez „Wykonawcę takimi elementami w dostawie aby zapewnić kompatybilność i możliwość pracy łącznej dostarczanych elementów”.

W dalszej części, Przystępujący po powołaniu się na brzmienie art. 3 oraz 15 ust. 1 pkt. 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), stwierdził, iż Zamawiający każdorazowo w SIWZ wskazywał na warunki zobiektywizowane dla udziału w postępowaniu oraz wskazywał na elementy równoważne, które z szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia będą brane pod uwagę przy ocenie równoważności ofert a jego działania w żaden sposób nie spełniają wskazanych

6

powyżej definicji ustawowych czynu utrudniającego konkurencję. Wskazuje także na orzeczenie Zespołów Arbitrów z dnia 26.04.2007 r., sygn. akt 484/07, zgodnie z którym „1. Zamawiający jest uprawniony do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby o ile jest to zgodne z prawnie chronionymi interesami wykonawców/dostawców i nie ma on obowiązku takiego formułowania wymogów, aby zapewnić możliwość zrealizowania zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży i w odniesieniu do wszystkich produktów oferowanych na rynku. 2. Powoływanie się na okoliczność, iż w poprzednim unieważnionym przetargu stawiano inny wymóg nie może być przesadzające gdyż Zamawiający jest uprawniony do zmiany zdania i nowego określenia wymogów w specyfikacji przygotowywanej dla nowego postępowania”.

W tym, miejscu Przystępujący podnosi iż przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dostawa symulatora szkoleniowego – dostawa symulatora kontroli ruchu lotniczego a więc jego zdaniem ma zastosowanie art. 5 ust.1 ustawy Pzp.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło pismem z dnia 14 grudnia 2007 r. Zamawiający oddalił protest.

W odniesieniu do pierwszego zarzutu, uznał iż jest bezzasadny i nie ma przesłanek merytorycznych i faktycznych. Zamawiający wyjaśnił, iż możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego interes wynika z ustawy. Kierował się on koniecznością nie pominięcia cech obiektywnych przedmiotu zamówienia wskazując, iż istnieje szereg parametrów, które z punktu widzenia przedmiotu zamówienia nie muszą znajdować się w jego opisie, aby ten mógł być uznany za prawidłowy. Nadmierne zaś uszczegóławianie prowadziłoby do utrudniania uczciwej konkurencji. Podnosi, iż na wniosek Protestującego (pismo z dnia 19.11.2007 r.- otrzymane 20.11.2007 r. – prośba o opracowanie tabeli z wymaganiami brzegowymi umożliwiającymi Wykonawcy przedstawienie w ofercie minimalnych możliwości oferowanego symulatora) wskazał w załączniku Nr 1a te elementy, które mogą być użyteczne i pomocnicze dla przygotowania oferty. W rezultacie zmiana jest rezultatem stosownego wniosku Protestującego. Zamawiający wyjaśnia, iż na każdym etapie postępowania wskazywał na konieczność zapewnienia kompatybilności oferowanych modułów i możliwości pracy łącznej i rozdzielczej dostarczanych elementów. Każdorazowo wskazywał na warunki zobiektywizowane dla udziału w postępowaniu oraz wskazywał na elementy, które ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia będą brane pod uwagę.

Przytacza dalej jeden z argumentów Przystępującego, iż nie ma obowiązku takiego formułowania wymogów, aby zapewnić możliwość zrealizowania zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży i w odniesieniu do wszystkich produktów oferowanych na rynku.

tylko ograniczenia czasowe i zakresowe. Pierwsze wynikają z charakteru SIWZ pozwalającego przygotować ofertę. Drugie, dotyczą tych zapisów które budziły wątpliwości i były przedmiotem zapytań. Wskazuję, iż wynikiem m.in. pytania Protestującego była zmiana z dnia 05.12.2007 r. Zmiany nie wykraczały poza treść ogłoszenia i nie zmieniały warunków udziału oraz sposobu oceny ich spełniania, a także kryteriów oceny ofert. Sporna tabela miała spowodować uniknięcie jakichkolwiek nieporozumień na etapie realizacji zamówienia. Jej zapisy, zdaniem Zamawiającego nie generują dodatkowych kosztów, gdyż decydujące w tym zakresie jest oprogramowanie, które nie było zmieniane. Zapis odnośnie komputera, drukarki, czy też informacji satelitarnej doprecyzowuje wcześniejsze zapisy.

Odnosnie sformułowania „zaleca” stwierdza, iż nie znaczy to, iż musi, czyli nie ogranicza to Wykonawcy, przedstawia tylko najbardziej pożądane rozwiązanie. Na tym Zamawiający kończy odniesienie do zarzutu pierwszego, jak i de facto do zarzutu drugiego jak i trzeciego z uwagi na ich łączny charakter.

Względem zarzutu czwartego, Zamawiający stwierdza, iż zmienił tylko zapis w treści załącznika nr 5, w którym na potwierdzenie warunku (zgodnie z którym – część V SIWZ – Wykonawca w celu potwierdzenia, iż posiada niezbędną wiedzę i doświadczenia oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – przedstawi wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia), żąda przedstawienia potwierdzenia zrealizowania dostawy na dostarczenie symulatora kontroli ruchu lotniczego. Warunek nie został zmieniony ponieważ symulator kontroli ruchu lotniczego odpowiada swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Wskazuje także, iż było to już przedmiotem postępowania protestacyjnego z dnia 27.11.2007 r., w którym uczestniczył Protestujący, a zmiana nastąpiła zgodnie z wolą ówczesnych uczestników postępowania protestującego.

Rozstrzygnięcie protestu Zamawiający przekazał Protestującemu i obu Przystępującym w tym samym dniu faxem i za pośrednictwem strony internetowej.

W dniu 19 grudnia 2007 r. na rozstrzygnięcie protestu MAW TELECOM International wniósł odwołanie podtrzymując zarzuty i wnioski przedstawione w proteście oraz podnosząc, iż Zamawiający miał świadomość niewystarczającego zdefiniowania przedmiotu zamówienia, czego dowodem jest jego wielokrotna modyfikacja. Załącznik nr 1a, zdaniem Odwołującego zamiast pomagać wprowadza problemy interpretacyjne, a przedmiot zamówienia pozwala na zakupienie dwóch różnych urządzeń, zatem oferty Wykonawców złożone w postępowaniu nie będą porównywalne. Zdaniem Odwołującego, zgodnie z orzecznictwem „Zamawiający ma obowiązek takiego przygotowania postępowania, (...) aby nie musiał pod wpływem konkretnych wykonawców modyfikować SIWZ (UZP/ZO/0-2791/06). Poprzez liczne modyfikacje SIWZ nadużył prawa wynikającego z art. 38 ust.4 ustawy, gdyż nie wykonał

przepisu art. 29 ust.1 ustawy Pzp. W dalszej części Odwołujący, podtrzymuje zarzut zmiany kryterium oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dodając, iż zmiana ta miała miejsce nie raz w tym postępowaniu. Na koniec wnosi o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt. 7 w zw. z art. 191 ust.3 ustawy Pzp. Kopia odwołania została przesłana do Zamawiającego faxem i pocztą 19.12.2007 r.

Zamawiający wezwał w dniu 20.12.2007 r. faxem uczestników postępowania protestacyjnego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. W dniu 28 grudnia 2007 r. do postępowania odwoławczego przystąpiła po stronie Zamawiającego firma Gilda Sp. z o.o., ul. Rudnicka 26, 20-140 Lublin (wezwanie otrzymała 20.12.2007 r.) wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący, po pierwsze popiera argument Zamawiającego z rozstrzygnięcia protestu, iż Odwołujący nie może korzystać z środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem. Dodatkowo stwierdza, iż załącznik nr 5 do SIWZ, to wzór przykładowego wykazu wykonanych dostaw. Według niego, nie jest wymagane złożenie przez Wykonawcę danego oświadczenia według zaproponowanego przez Zamawiającego wzoru (w tym wypadku wykazu). Ważne jest bowiem, aby treść złożonego oświadczenia zgodna była z wymaganiami określonymi

w przepisach ustawy Pzp, czy w SIWZ (odnosi się to do załącznika nr 5). Warunki udziału zaś oraz sposób ich oceny zawarte są w rozdziale V SIWZ i nie były zmieniane.

Przystępujący wskazuje na celowe działanie Odwołującego, który przez swoje działanie wywołał sytuację, która sam później oprotestował, czym naruszył jego zdaniem art. 5 kc (w zw. z art. 14 Ustawy Pzp).

Zdaniem Protestującego, Odwołujący nie ma interesu prawnego, gdyż interes ten nie może być oceniany pod kątem ewentualnego udziału w przyszłym postępowaniu. Ponadto, za orzecznictwem sądowym (SO w Lublinie z dnia 16.06.2005 r., sygn. akt II Ca 327/05) interes prawny powinien być udowodniony, a nie tylko uprawdopodobniony, przez wnoszącego dany środek prawny. Zdaniem Przystępującego, Odwołujący dąży do unieważnienia odwołania a nie uzyskania zamówienia, jego interes prawny nie został udowodniony.

Dodatkowo za piśmiennictwem i orzecznictwem podnosi fakt, iż (...)Zamawiający jest uprawniony do opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób uwzględniający jego potrzeby (...).Zaś "Wskazanie w SIWZ wymogów technicznych czy organizacyjnych trudnych do spełnienia przez Odwołującego lub innego oferenta nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający zasady wynikające z art.7 ust.1, art. 22 ust.2 oraz art. 29 ust.2 ustawy Pzp.

Ponadto, podnosi iż upłynął termin na oprotestowanie SIWZ, z tego względu należy przyjąć, iż opis przedmiotu zamówienia w ocenie Odwołującego jest zgodny z art. 29 ustawy Pzp.

9

Skład orzekający na podstawie materiału dowodowego zebranego w sprawie ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, skład orzekający Izby, z uwagi na charakter zarzutu i związane z tym dyspozycje ustawowe, pragnie odnieść się do kwestii zmiany kryterium oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, czyli naruszenia art. 38 ust.5 ustawy Pzp. W jego ocenie zarzut ten nie znajduje potwierdzenia. Zgodnie ze SIWZ, tj. Część V. Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, „o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: m. in. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. przedstawią wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie (co najmniej jednej /1/ dostawy na kwotę min. 5.000.000,00 zł. brutto), odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie)”. Z kolei w Części VI SIWZ – Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w pkt. 1. lit. j) mówi się iż, „w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu załączniki do oferty muszą zawierać następujące oświadczenia i dokumenty: Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie (co najmniej jednej /1/ dostawy na kwotę min.: 5.000.000,00 zł. brutto) odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie – Załącznik nr 5”. W pierwszym wypadku, zapis SIWZ (Część V) stanowi wypełnienie dyspozycji wynikającej z art. 36 ust.1 pkt.5 ustawy Pzp, zaś w drugim (Część VI) dyspozycji wynikającej z art. 36 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp. Słusznym wydaje się więc pogląd reprezentowany przez Zamawiającego i Przystępującego a znajdujący odzwierciedlenie w orzecznictwie (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 07.12.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2874/06) oraz doktrynie i podzielany przez skład orzekający Izby, iż fakt uregulowania osobno kwestii dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu od kwestii opisu

sposobu dokonywania oceny spełniania warunków ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia zasadności rozpatrywanego zarzutu. Modyfikacja SIWZ w zakresie wykazu oświadczeń i dokumentów nie jest objęta zakazem sformułowanym w art. 38 ust.5 ustawy Pzp, co więcej niniejszy przepis w ogóle się do niej nie odnosi. Zdaniem doktryny taka modyfikacja w żaden sposób nie narusza art. 7 ust.1 ustawy Pzp. W przypadku bowiem dokumentów, każdy z wykonawców ma wiedzę, jakich dokumentów może żądać Zamawiający, gdyż ich katalog jest zamknięty i określony rozporządzeniem w sprawie dokumentów (patrz: Praca Zbiorowa w: „Analiza Wyroków Sądów Okręgowych oraz analiza orzeczeń Zespołów Arbitrów wydanych na podstawie przepisów prawo zamówień publicznych”, Wyd. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006 r., str. 123). W stanie faktycznym będącym przedmiotem orzekania zmiana dotyczyła Załącznika nr 5 do SIWZ, wypełnia więc przesłanki o których mowa była powyżej. Powyższy załącznik w swym pierwotnym brzmieniu nie współgrał w sposób dostateczny z przedmiotem zamówienia, dlatego celowym i słusznym wydaje się działanie Zamawiającego, który w wyniku uznania protestu powyższą sytuację określił w sposób jednoznaczny. Takie działanie doprowadzało do stanu zgodnego z § 1 ust.2 pkt.2 Rozporządzenia z dnia 19.06.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (Dz. U z 2006 r., Nr 87, poz. 605), w którym mówi się wyraźnie, iż Zamawiający może żądać w celu potwierdzenia opisanego przez siebie warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – wykazu wykonanych, a w wypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy lub usługi zostały wykonane należycie.

Bezsprzecznie podmioty zainteresowane udziałem w postępowaniu znając przedmiot zamówienia od początku, tj. od dnia opublikowania ogłoszenia w stosownym publikatorze Unii Europejskiej, czyli 03 października 2007 r. – CPV 31641300-4 (symulatory szkoleniowe), tj. dostawa symulatora kontroli ruchu lotniczego (Seksja II. 1.1 oraz 1.5 ogłoszenia) dysponowały wiedzą wobec kogo jest on skierowany. Zmiana dokonana przez Zamawiającego nie zmieniła kręgu, czy też grupy potencjalnych wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Potwierdza to wypowiedź Odwołującego, który chcąc wykazać tezę przeciwną i fakt naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp, powołując się na konieczność zawarcia konsorcjum

w celu sprostania kwestionowanemu zapisowi SIWZ nie dostrzegł faktu, iż tylko jedna z pięciu złożonych ofert to konsorcjum (Dowód załącznik do protokołu ZP-12).

Jednocześnie, skład orzekający Izby pragnie zauważyć, iż dokonana zmiana bez względu na jej charakter miała na celu doprowadzenie treści SIWZ do zgodności z ustawą oraz aktami wykonawczymi i była wynikiem uznania protestu, a co za tym idzie uwzględniła interes nie tylko Odwołującego, ale i pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (patrz: Sąd Okręgowy w Świdnicy, wyrok z dnia 20.12.2005 r., sygn. akt: II Ca 584/05, Sąd Okręgowy w Poznaniu, wyrok z dnia 09.06.2006 r., sygn. akt II: Ca 577/07, jak również wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 11.09.2002 r., niepublikowany za: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz” wyd. 3, W-wa 2007, str.188).

Należy także, zgodzić się z podniesionym podczas rozprawy stanowiskiem Przystępującego, iż brak jest po stronie Odwołującego interesu prawnego. Mimo kwestionowania określonych zapisów SIWZ, Odwołujący złożył ofertę, a jak słuszenie sam stwierdził, nie jest w stanie odnieść się z powodu trwającej procedury oceny złożonych ofert, do kwestii naruszenia jego interesu prawnego przez Zamawiającego. Poczynione podczas rozprawy ustalenia wynikające z wyjaśnień Zamawiającego oraz okazanych ofert uprawniają do twierdzenia, iż mimo zarzutów odnoszących się do przedmiotu zamówienia złożona przez

Odwolującego oferta jest zgodna z przedmiotem zamówienia określonym w SIWZ.

Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 18.01.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-20/07, UZP/ZO/0-21/07) i doktrynie: naruszenie interesu prawnego musi odnosić się do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, w którym uczestniczy podmiot wnoszący środek ochrony prawnej. Takie stanowisko potwierdził Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 31.05.2004 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-760/04) gdzie wskazał, że „interes prawny powinien dotyczyć tego postępowania, którego dotyczą środki odwoławcze. Nie można zatem powoływać się na przyszły, ewentualny i hipotetyczny interes prawny” (za: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski; *Prawo zamówień publicznych*, Komentarz, wyd. 2, W-wa 2006, str. 602). Dotychczasowe orzecznictwo stoi na stanowisku, że naruszenie interesu prawnego, na gruncie przepisów ustawy – *Prawo zamówień publicznych*, polega w istocie na utracie możliwości ubiegania się o zamówienie bądź też utracie możliwości jego uzyskania (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 04.10.2005 r. sygn. akt: V Ca 1136/05, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14.05.2004 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-641/04). W doktrynie zwraca się także uwagę, że interes prawny w uzyskaniu zamówienia ma tylko ten, na którego sferę prawną w sposób bezpośredni lub pośredni oddziałuje wynik danego postępowania, a fakt zaistnienia tegoż musi zostać udowodniony (patrz: *Praca zbiorowa w: „Analiza wyroków Sądów Okręgowych oraz analiza orzeczeń Zespołów Arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych”*,

12

Wyd. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006 r. , str.10). (...)

Reasumując, Odwołujący nadal jest uczestnikiem przedmiotowego postępowania i nie utracił możliwości ubiegania się o zamówienie ani też możliwości jego uzyskania.

Odnosząc zarzutów związanych z opisem przedmiotu zamówienia oraz jego modyfikacją w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, należy uznać po analizie SIWZ, w szczególności załącznika nr 1, tj. Wymagań taktyczno – technicznych symulatora ruchu lotniczego oraz załączonych do akt sprawy dokumentów, m.in. pisma Komendanta – Dziekana Wydziału Lotnictwa z dnia 09.07.2007 r. oraz 01.10.2007 r., iż opis przedmiotu zamówienia ma co najmniej charakter mieszany, tj. funkcjonalno-techniczny, czyli częściowo przez wskazanie wymaganych parametrów, a częściowo przez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Istotne jest przy tym, zgodnie z twierdzeniem doktryny żeby wykonawca mógł dokładnie na podstawie opisu przedmiotu zamówienia określić swoje zobowiązanie (patrz: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski: „*Prawo Zamówień Publicznych*. Komentarz” wyd. 3, W-wa 2007, str.156-157). Należy zaznaczyć za ww.przedstawicielami doktryny, iż Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, ma wybór do metody dokonywania tego opisu. Dopuszczenie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie funkcji, jakie przedmiot zamówienia ma wypełnić, jest uwarunkowane dokonaniem przez Zamawiającego wystarczająco dokładnego opisu. Wskazanie wymagań funkcjonalnych nie zwalnia bowiem z obowiązku przestrzegania norm zawartych w art. 29 (str. 156). W tym stanie faktycznym od początku, wiadomym był unikatowy charakter przedmiotu zamówienia, dlatego Zamawiający zmuszony był do takiego a nie innego określenia przedmiotu zamówienia. Działal więc zgodnie z tezą orzecznictwa (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27.12.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-3815/05, Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 31.01.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-215/06), która daje Zamawiającemu prawo do samodzielnego dokonania oceny swoich potrzeb i stosownie do tych potrzeb opisanie – z zastrzeżeniem zasad określonych w art. 29 ustawy – przedmiotu zamówienia. W związku z tym, Zamawiający określił swoje potrzeby znając cel który mu przyświecał. Nie naruszył art. 29 ustawy Pzp., m.in. dlatego, iż jak potwierdził podczas rozprawy dopuszczał oferty równoważne, akcentując nadto konieczność zapewnienia kompatybilności modułów i możliwości pracy łącznej i rozdzielczej dostarczanych elementów.

Pojęcie „modyfikacji” oznacza zmianę, przeróbkę, poprawkę, odmianę, przekształcenie (W. Kopaliński: „*Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych z almanachem*”, Świat Książki, W-wa 2007, s.333.)

Modyfikacje dokonywane przez Zamawiającego de facto miały na celu zapewnienie wystarczająco dokładnego opisu przedmiotu zamówienia dla uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym nie może być w tym wypadku mowy o naruszeniu art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust.2 ustawy Pzp, gdyż działania Zamawiającego

były ukierunkowane na usunięcie takich zapisów SIWZ w przedmiocie zamówienia, które ewentualnie mogłyby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), czyli być działaniem sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażającym lub naruszającym interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W związku z powyższym, Zamawiający wypełnił w tym względzie wszystkie uwarunkowania wynikające z art. 38, a w szczególności z jego ustępu 4, które uzależniają zmiany od ich zasadności. Zgodnie z doktryną bowiem: „W szczególnie uzasadnionych przypadkach (tzn. gdyby np.: okazało się, że na podstawie sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia oferenci nie są w stanie złożyć ofert odpowiadających warunkom zamówienia), zamawiający może zmienić specyfikację w dowolnym momencie postępowania, ale przed upływem terminu składania ofert. (.....) Należy jednak zauważyć, że przepis art. 38 ust. 4 nie pozwala na swobodne dokonywanie zmian treści specyfikacji, a jedynie na dokonywanie tych zmian (modyfikacji) w szczególnie uzasadnionych przypadkach”. (J. Pieróg: „Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz”, C. H. Beck, wyd. VI, 2004, s. 125). „Zamawiający nie może wprowadzać zmian, kiedy chce i jak chce. Decyzja o zmianie musi być uzasadniona naprawdę wyjątkowymi okolicznościami”. (Przemysław Szustakiewicz: „Zasady Prawa Zamówień Publicznych”, W-wa 2007, wyd. I, str. 154). „Jakkolwiek pojęcie to (w szczególnie uzasadnionych przypadkach) nie zostało nigdzie bliżej dookreślone, ale z treści tego przepisu niewątpliwie wynika obowiązek zamawiającego uzasadnienia wprowadzenia zmian treści modyfikacji”. (W. Hartung, P. Laudański, W. M. Stodolak, M. Stręciwilk, M. Winiarz: „Zamówienia publiczne po nowelizacji”, Wrocław 2006, wyd. I, str. 177).

Należy także zaznaczyć, iż załącznik nr 1 a do SIWZ ma charakter pomocniczy i nie jest wiążący dla Zamawiającego podczas oceny złożonych ofert, powyższe przyznał on podczas rozprawy. Wynika to także z akt sprawy oraz treści rozstrzygnięcia protestu. W związku z niniejszym, nie ma znaczenia fakt, iż cztery z pięciu złożonych ofert, w tym oferta Odwołującego powyższy załącznik zawiera. Jego brak nie będzie skutkował żadnymi konsekwencjami przewidzianymi w ustawie Pzp. Wiążący jest załącznik nr 1 do SIWZ, tj. Wymagania taktyczno – techniczne symulatora ruchu lotniczego oraz pozostałe modyfikacje za wyjątkiem załącznika nr 1a do SIWZ, który nie ma charakteru obligatoryjnego, niniejsze czyni oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu ofertami porównywalnymi. Powyższe skutkuje, zdaniem składu orzekającego Izby, bezzasadnością zarzutów odnoszących się do załącznika nr 1a do SIWZ.

Tym samym w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 38 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* niepotrzebne skreślić