

WYROK
z dnia 19 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek
Członkowie: Izabela Niedziałek
Marek Koleśnikow

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TTcomm S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 36, 05-300 Mińsk Mazowiecki** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jednostka Wojskowa nr 4198, ul. świrki i Wigury 1C, 00-910 Warszawa 60** protestu z dnia 21 listopada 2008 r.

przy udziale **Polska Agencja Informacyjna S.A., ul. Odrowąża 15, 03-310 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego *.

orzeka:

1. Oddała odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża TTcomm S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 36, 05-300 Mińsk Mazowiecki
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 **TTcomm S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 36, 05-300 Mińsk Mazowiecki,**

2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) przez **TTcomm S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 36, 05-300 Mińsk Mazowiecki,** na rzecz **Jednostki Wojskowej nr 4198, ul. świrki i Wigury 1C, 00-910 Warszawa 60** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

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 10 936 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TTcomm S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 36, 05-300 Mińsk Mazowiecki.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka wojskowa nr 4198 z Warszawy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługę transmisji danych meteorologicznych drogą satelitarną”.

W dniu 13.11.2008r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy – Powszechnej Agencji Informacyjnej S.A. – zwanej dalej wykonawcą PAI S.A.

W dniu 21.11.2008r. protest dotyczący ww. czynności wniósł wykonawca – TTcomm S.A. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez nieodrzućenie oferty wykonawcy PAI S.A. pomimo zaoferowania przez tego wykonawcę pasma satelitarnego o parametrach nie spełniających wymagań postawionych przez zamawiającego w SIWZ. Protestujący wniósł o unieważnienie

czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert, odrzucenie oferty wykonawcy PAI S.A. i dokonanie wyboru oferty protestującego jako najkorzystniejszej.

W argumentacji wskazał, że satelita Eutelsat W3A podany w formularzu oferty wykonawcy PAI S.A. nie obejmował swoim zasięgiem całego obszaru Afganistanu i Półwyspu Arabskiego. W związku z powyższym wskazano na konieczność odrzucenia tej oferty jako sprzecznej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Podkreślono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i oparte na sztywnych regułach wynikających wprost z ustawy.

2

W dniu 24.11.2008 r. przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił wykonawca PAI S.A. Wskazano, że wykonawca TTcomm S.A. nie miał interesu prawnego we wniesieniu protestu, gdyż w wyniku jego uwzględnienia odrzuceniu musiałaby podlegać jego oferta, ponieważ wynika z niej, że nie zapewniła satelity obejmującego swoim zasięgiem Portugalii, Norwegii, Szwecji, Finlandii i Islandii oraz europejskiej części Rosji. Wskazano również, że konfiguracja urządzeń zaoferowanych przez PAGI S.A. dla realizacji zamówienia, w powiązaniu z możliwościami stacji centralnej sieci PAGI S.A. pozwalała na zapewnienie wymaganych parametrów funkcjonalnych usługi na obszarze znacznie większym niż wymaganych przez SIWZ.

W dniu 1.12.2008 r. zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go w całości. W argumentacji wskazano, że z oferty protestującego wynikało, że nie zapewniono pokrycia obszarów Portugalii, Norwegii, Szwecji, Finlandii i Islandii oraz płn. – zach. części Rosji. Wykonawca PAGI S.A. w swojej ofercie zaproponował wykorzystanie satelity Eutelsat W3A, co przy zastosowaniu anteny o średnicy 2,4 m dla zestawu mobilnego zapewniłoby prawidłowy odbiór sygnału na całym obszarze wyszczególnionym w SIWZ.

W dniu 5.12.2008 r. odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu złożył wykonawca TTcomm S.A. Odwołujący wskazał na zarzuty i żądania wynikające z protestu. Zażądał nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy PAI S.A., nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy PAI S.A., nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty odwołującego i nakazanie zamawiającemu wykonania czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W argumentacji podniósł, że jednym z podstawowych wymagań zamawiającego było korzystanie z satelity obejmującej swoim zasięgiem całą Europę, cały Bliski Wschód, Irak, Afganistan oraz Półwysep Arabski. Po dokonaniu wglądu do oferty wykonawcy PAI S.A. stwierdzono, że wykonawca ten wskazał w formularzu satelitę Eutelsat W3A – nie spełniała on wymogów zamawiającego, gdyż nie obejmował swoim zasięgiem całego Afganistanu oraz Półwyspu Arabskiego. Na potwierdzenie powyższego odwołujący załączył wydruk z zasięgiem satelity Eutelsat W3A. Dalej odwołujący podniósł, że skoro zamawiający sam stwierdził, że jego oferta jest również niezgodna z SIWZ to zamawiający powinien dokonać jej odrzucenia, co dałoby mu możliwość ustosunkowania się do argumentacji zamawiającego.

3

W dniu 18.12.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca PAI S.A. Wniósł o oddalenie odwołania opowiadając się po stronie zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, treść ofert przystępującego oraz odwołującego oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony zarządzeniem Prezesa Izby do rozpatrzenia sprawy ustalił i zważył, co następuje.

Na wstępie należało stwierdzić, że odwołujący posiadał interes prawny w kwestionowaniu treści oferty wykonawcy PAI S.A.. Odwołujący posiadał status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w przypadku

odrzućcenia oferty wykonawcy PAI S.A. jego oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Skład orzekający wskazał, że wykluczenie odwołującego z postępowania na dzień rozpatrywania odwołania było odrębną czynnością zamawiającego, która mogłaby zostać oprotestowana i podlegać ocenie w związku ze stosowaniem środków ochrony prawnej.

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu zawarł następujące postanowienie:

„w ramach umowy wykonawca powinien dostarczyć łącza satelitarne szerokopasmowe spełniające następujące wymagania i kryteria :

- satelita obejmujący swoim zasięgiem całą Europę, Bliski Wschód, Irak, Afganistan oraz Półwysep Arabski,

....”

Zamawiający otrzymał ofertę wykonawcy PAI S.A., z której wynikało, że zaoferowano wykorzystanie satelity Eutelsat W3A który swoim zasięgiem nie obejmował części Półwyspu Arabskiego oraz części Afganistanu. Przystępujący wskazał, że przy zastosowaniu zestawu mobilnego z anteną 2,4 m możliwe jest objęcie zasięgiem ww. satelity całego terytorium Afganistanu, natomiast południowy kraniec Półwyspu Arabskiego pozostanie nie objęty zasięgiem.

W związku z powyższym skład orzekający stwierdził, że kluczową kwestią w przedmiotowej sytuacji jest interpretacja zapisów SIWZ w kontekście wymogów odnośnie zasięgu satelity. Określenie cyt. „satelita obejmujący swoim zasięgiem całą Europę, Bliski Wschód, Irak, Afganistan oraz Półwysep Arabski” w ocenie składu orzekającego wskazywało bezpośrednio na konieczność objęcia zasięgiem całej Europy. Granice Europy są jednak określone – obejmują terytorium konkretnych państw, natomiast granice Bliskiego Wschodu

4

nie są określone, gdyż jest to pojęcie ogólne, nie związane z prawnie zdefiniowanym obszarem. Tym samym nielogiczne byłoby stwierdzenie, że zamawiający zażądał objęcia swoim zasięgiem całego Bliskiego Wschodu, gdyż granice tak określonego terytorium nie zostały oficjalnie określone. Tym samym zarówno Bliski Wschód jak i Irak, Afganistan oraz Półwysep Arabski – wymienione po Europie w opisie przedmiotu zamówienia – w ocenie składu orzekającego nie musiały być objęte zasięgiem satelity w całości. Skład orzekający przeprowadził również analizę przedmiotowego wyrażenia. W wyniku powyższego - należało stwierdzić, że między wyrazami „całą Europę, Bliski Wschód...” powinien wystąpić związek zgody, aby móc rozumieć to wyrażenie jako „cała Europa, cały Bliski Wschód...”. Związek zgody jest definiowany przez prof. Hannę Jadacką w „Poradniku językowym dla prawników” Warszawa 2002 r. str. 17 „Związki zgody to takie konstrukcje składniowe, których składniki podrzędne (określające) muszą się dostosować (upodobnić) do nadrzędnych (określanych) pod względem wszystkich możliwych cech gramatycznych” to jest co do liczby, rodzaju i przypadku. Ponadto np. „Nowy słownik poprawnej polszczyzny” pod red. prof. Andrzeja Markowskiego Warszawa 1999 r. dopuszcza orzeczenie w liczbie pojedynczej przy podmiocie szeregowym ale tylko pod warunkiem, że w skład takiego podmiotu wchodzi rzeczowniki abstrakcyjne, mające jednakowy rodzaj gramatyczny.

W związku z tym, że w omawianym podmiocie szeregowym (Europa [rodzaj żeński], Bliski Wschód [rodzaj męski], [...]) nie występują rzeczowniki o tym samym rodzaju, można stwierdzić, że w żadnym przypadku w rozpatrywanej wypowiedzi nie można mówić o występowaniu związku zgody. Dlatego należy te człony rozumieć osobno: „cała Europa”, „Bliski Wschód” itd. Sam „Bliski Wschód” należałoby rozumieć jako cały obszar określony tą geograficzną nazwą. Jednak takiemu rozumieniu sprzeciwia się występowanie kwantyfikatora „całą” odnoszącego się tylko do jednego członu, czyli do „Europy”. Można więc uprawnienie wysnuć wniosek, że autorowi rozpatrywanego wypowiedzenia chodziło o obszar całej Europy i o obszar nie całego Bliskiego Wschodu. Podobnie z następnymi członami tego analizowanego szeregu nazw (Irak, Afganistan oraz Półwysep Arabski).

Niezależnie od dokonanej wykładni - skład orzekający stwierdził jednak w przedmiotowym przypadku, że zamawiający nie określił w sposób jednoznaczny terytorium, jakie powinno znajdować się pod zasięgiem satelity. Wykonawcy mogli mieć uzasadnione wątpliwości związane z interpretacją tych postanowień, jednak nie podjęli próby wyjaśnienia znaczenia powyższego określenia. Należy jednak wskazać, że w tego rodzaju sytuacji zamawiający nie powinien wyciągać konsekwencji w stosunku do wykonawcy z powodu

niejednoznaczności postanowień SIWZ. Jak wskazano w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.10.2008r. sygn. KIO/UZP/1095/08, z dnia 17.10.2008r. z dnia (KIO/UZP/1020/08), z dnia 29.10.2008r. (KIO/UZP/1067/08), 8.10.2008r. (KIO/UZP/1117/08) oraz w wyroku ZA z dnia 29.12.2006r. (UZP/ZO/0-3012/06) –

5

niejednoznaczność zapisów SIWZ i wątpliwości związane z różnymi interpretacjami postanowień nie powinny powodować negatywnych skutków dla wykonawcy. W powyższym przypadku należało zastosować powyższą regulę.

Odnosnie kwestii związanych z koniecznością odrzucenia oferty odwołującego i unieważnienia postępowania – skład orzekający dokonał analizy treści protestu i odwołania i stwierdził, że są to odrębne zarzuty dotyczące zaniechania dokonania innych czynności niż wymienione w proteście. Protest dotyczył konieczności odrzucenia oferty wykonawcy PAI, natomiast nie zawarto w nim zarzutów odnośnie działania zamawiającego w stosunku do oferty odwołującego. W związku z powyższym – z uwagi na brzmienie art. 191 ust. 3 ustawy Pzp – wskazać należało, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Niezależnie od powyższego jednak – stwierdzić należało, że żądanie polegające na odrzuceniu własnej oferty może budzić uzasadnione wątpliwości pod kątem istnienia interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Celem podmiotu składającego ofertę w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinno być zawarcie umowy a nie jego unieważnienie a działanie polegające na próbie wyegzekwowania od zamawiającego odrzucenia własnej oferty do takiego celu nie prowadzi.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy ograniczając je do kwoty 3600 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

6

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) 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*

7