Sygn. akt: KIO 2156/11

POSTANOWIENIE
z dnia 18 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek
Katarzyna Brzeska
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 18 października 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2011 r. przez wykonawcę **Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A., ul. Sanguszki 1, 00-222 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Projektów Informatycznych MSWiA, ul. Pileckiego 63, 02-781 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Gildia Sp. z o.o., ul Dworska 15B, 20-135 Lublin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Polską Wytwórnię Papierów Wartościowych S.A., ul. Sanguszki 1, 00-222 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A., ul. Sanguszki 1, 00-222 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……..

……..

……..

Sygn. akt: KIO 2156/11

Uzasadnienie

Zamawiający - Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych Administracji prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę niespersonalizowanych blankietów dowodów osobistych wyposażonych w mikroprocesor wraz z oprogramowaniem middleware zapewniającym komunikację z mikroprocesorem i wykonanie projektu technicznego dowodu osobistego” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) w trybie dialogu konkurencyjnego.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku UE 9 listopada 2010 r., wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 6 października 2011 r. odwołujący - Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A.

wniósł odwołanie zarzucając:

1. naruszenie art. 38 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, przez zaniechanie wykonania obowiązku udzielenia wyjaśnień co do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w terminie ustawowym tj. nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert, mimo że wniosek o wyjaśnienie wpłynął w wymaganym terminie, mimo że wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji wpłynął do zamawiającego w wymaganym terminie tj. do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert.
2. naruszenie art. 38 ust. 2 ustawy pzp, przez zaniechanie przekazania wykonawcom, którym przekazano specyfikację treści zapytań wraz z wyjaśnieniami do treści specyfikacji,
3. naruszenie art. 8 ust. 1 i art. 8 ust. 2 ustawy pzp w zw. z naruszeniem art. 38 ust. 1 pkt 1 oraz art. 60 e ust. 4 ustawy pzp, przez naruszenie zasady jawności postępowania i rażące ograniczenie wykonawcom biorącym udział w postępowaniu dostępu do informacji związanych z postępowaniem tj. zaniechanie obowiązku udzielenia informacji dotyczących terminu udzielenia odpowiedzi i wyjaśnień do zadanych pytań oraz informacji o przewidywanym ostatecznym terminie składania ofert.
4. naruszenie art. 60 e ust. 1 ustawy pzp, przez wykonanie sprzecznej z ustawą czynności zakończenia dialogu konkurencyjnego oraz sprzecznej z ustawą

---

czynności, polegającej na przekazaniu uczestniczącym w postępowaniu informacji o zakończeniu dialogu wraz z wykonawcom konkurencyjnego zaproszeniem do składania ofert i specyfikacją istotnych warunków zamówienia mimo braku przesłanek do zakończenia dialogu.

5. naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 38 ust. 4 ustawy pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 przez ukształtowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób dotknięty wadami, które uniemożliwiają sporządzenie oferty oraz przez zaniechanie czynności modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w wyniku analizy treści pytań odwołującego, wskazujących iż opis jest dotknięty wadami, które uniemożliwiają sporządzenie oferty.
6. naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy pzp, przez zaniechanie czynności zmiany terminu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przed upływem terminu składania ofert, mimo oczywistych i uzasadnionych przesłanek do dokonania tej czynności.
7. naruszenie art. 60 e ustawy pzp, przez wyznaczenie w dniu 29 września 2011 roku terminu składania ofert na dzień 10 października 20111 roku tj. z naruszeniem nakazu „uwzględnienia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty" oraz barku wyjaśnień treści specyfikacji zgodnie z art. 38 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.
8. niewykonanie przez zamawiającego nakazów wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie sygn. akt KIO 1983/11 ogłoszonego w dniu 3 października 2011 roku.
9. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp przez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania mimo wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, powodującej że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym.
10. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wynikającą z zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które może mieć wpływ na wynik postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący został zaproszony do dialogu konkurencyjnego, zaproszenie do składania ofert wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zostały przekazane wykonawcom w dniu 5 września z terminem składania ofert na 19 września 2011 roku. Odwołujący złożył trzy wnioski o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - 9 i 12 września.

14 września zamawiający poinformował o przesunięciu terminu składania ofert na 20 września, następnie 19 września poinformował o przesunięciu terminu na 27 września i

kolejno - 23 września na 4 października, 29 września na 10 października, 6 października na 21 października i 14 października poinformował o przesunięciu terminu składania ofert na 31 października 2011 roku.
Wyrokiem z dnia 3 października 2011 roku, KIO 1983/11, po rozpatrzeniu odwołania wniesionego przez Polską Wytwórnię Papierów Wartościowych S.A., Izba nakazała zamawiającemu „niezwłoczne udzielenie odpowiedzi na pytania dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które wpłynęły do 12 września 2011 r. (włącznie) oraz przedłużenie terminu składania ofert o termin odpowiedni do przygotowania ofert z uwzględnieniem udzielonych odpowiedzi w sposób wskazany w uzasadnieniu".
Izba ustaliła również, że zamawiający dnia 14 października 2011 roku przekazał wykonawcom pisma z wyjaśnieniami treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i poinformował o przesunięciu terminu składania ofert na dzień 31 października 2011 roku.

W oparciu o ustalony stan faktyczny sprawy oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu posiedzenia, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3, 4 i 5 ustawy pzp.
Izba zważyła, że kluczowy zarzut odwołania to jest: zaniechanie przez zamawiającego wykonania obowiązku udzielenia wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w terminie ustawowym, czyli nie później niż 6 dni przed upływem terminu składania ofert, był już przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę w wyroku z dnia 3 października 2011 roku (Sygn. akt KIO 1983/11). W ocenie Izby, w przedmiotowym odwołaniu, odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę, a sprowadzają się one do zaniechania udzielenia w ustawowym terminie wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czyli zaniechania udzielenia odpowiedzi na pytania które wpłynęły do zmawiającego do dnia 12 września 2011 roku. Nie można przy tym zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że kolejne przesunięcie terminu składania ofert otwiera drogę do ponownego kwestionowania tego samego zaniechania zamawiającego, jakim jest nieudzielanie wyjaśnień w ustawowym terminie na pytania dotyczące treści specyfiakcji, które wpłynęły do dnia 12 września 2011 roku. Zdaniem Izby zachodzi tożsamość okoliczności powołanych w obu odwołaniach, co skutkuje pozostawieniem zarzutu naruszenia art. 38 ust.1 pkt 1 oraz 38 ust. 2 i art. 8 ust. 1 oraz art. 8 ust. 2 ustawy pzp bez rozpoznania.
Izba orzeka co do zarzutów zawartych w odwołaniu, biorąc pod uwagę stan sprawy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Niespornym między stronami jest, że termin składania ofert był przez zamawiającego kilkakrotnie zmieniany i jest ostatecznie (na dzień

rozpatrzenia sprawy) wyznaczony na 31 października 2011 roku, niespornym jest także, że zamawiający w dniu 14 października 2011 roku udzielił wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z oświadczeń odwołującego, złożonych do protokołu posiedzenia z dnia 18 października 2011 roku, wynika, że jego zdaniem, udzielone w dniu 14 października 2011 roku wyjaśnienia są „nierzetelne i niepełne". Ponieważ Izba, rozpatrując odwołanie związana jest zarzutami w nim podniesionymi, to okoliczność oceny rzetelności udzielonych wykonawcom wyjaśnień, jako okoliczność nie zawarta w treści rozpatrywanego odwołania, nie może być przedmiotem oceny przez Izbę w tym postępowaniu odwoławczym. Czynność udzielenia „nierzetelnych", jak twierdzi odwołujący, wyjaśnień z dnia 14 października 2011 roku, jako czynność nowa w postępowaniu, może być kwestionowana przez wykonawców w odrębnym postępowaniu odwoławczym.
Izba stwierdziła również, że zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i art. 38 ust. 4 w zw. z art. 36 ust.1 pkt 3 przez ukształtowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób dotknięty wadami, które uniemożliwiają sporządzenie oferty oraz przez zaniechanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w wyniku analizy treści pytań odwołującego, jako zarzuty dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, są na tym etapie postępowania spóźnione. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została przekazana wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert w dniu 5 września 2011 roku, zatem od tego dnia rozpoczął swój bieg termin na kwestionowanie postanowień specyfikacji istotnych warunków.

Zarzut naruszenia art. 60 e ust. 4 ustawy pzp polegający na wyznaczeniu w dniu 29 września terminu składania ofert na 10 października 2011 roku, z naruszeniem nakazu „uwzględnienia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty" w sytuacji braku wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba odczytuje jako zarzut nierozerwalnie związany z zarzutem głównym odwołania, jakim jest zaniechanie udzielenia w ustawowym terminie wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o odpowiedni do przygotowania ofert czas. W tym kontekście należy uznać, że zarzut ten był już przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę w wyroku z dnia 3 października 2011 roku i dlatego Izba pozostawiła go bez rozpoznania. Na marginesie Izba wskazuje, że wobec ponownego przedłużenia terminu składania ofert i wyznaczenia go na dzień 31 października 2011 roku, rozpatrzenie tego zarzutu byłoby bezprzedmiotowe i nie miało wpływu na dalszy tok postępowania.
Odnośnie zarzutu dotyczącego niewykonania nakazów wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 października 2011 roku, Izba wskazuje, że w sprawie tej nie mają zastosowania przepisy ustawy. Izba nie jest organem kompetentnym do oceny czy egzekwowania wyroków przez nią ogłoszonych. Przedmiotem rozpoznania przez Izbę może być wyłącznie ocena zgodności działań lub zaniechań zamawiającego z ustawą a nie z wyrokiem, wydanym przez

Izbę, co wynika także z treści art. 180 ust. 1 ustawy pzp, który wskazuje, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.
Izba pozostawiła bez rozpoznania podniesione w odwołaniu zarzuty zaniechania unieważnienia postępowania mimo wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, powodującej że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym (art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp) oraz zaniechania unieważnienia postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy (art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy pzp).
Zdaniem Izby, zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp jest zarzutem złożonym po terminie, przysługującym na złożenie odwołania. W toku posiedzenia zamawiający wyjaśnił, że alerty Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego dotyczące przedmiotowego postępowania były kierowane do zamawiającego już od 1 kwietnia 2011 roku, a zatem już od tego dnia odwołujący mógł powziąć informację o ich istnieniu. Z treści złożonego przez odwołującego „wniosku dowodowego wraz z uzupełnieniem argumentacji do zarzutów podniesionych w odwołaniu z dnia 15 września 2011 roku" (odpis pisma z dnia 29 września 2011, w aktach sprawy) wynika, że dnia 25 sierpnia 2011 roku, skierował wniosek do Sekretarza Stanu w Kancelarii Prezydenta RP o zbadanie zgodności przedmiotowego postępowania z interesem państwa, co uprawdopodabnia fakt, że okoliczność podnoszona w przedmiotowym postępowaniu jako ewentualna podstawa do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp była znana odwołującemu jeszcze w sierpniu tego roku.
Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy pzp jako zarzut co do którego Izba zajęła już stanowisko w wyroku z dnia 3 października 2011 roku. Zdaniem odwołującego wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy wynika z zaniechania udzielania wyjaśnień w ustawowym terminie a zatem zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp konsumuje się z zarzutem głównym, jakim jest nieudzielanie w terminie wyjaśnień a zarzut ten był również przedmiotem rozpoznania.
Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 ust 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..

……..

……..