

Sygn. akt KIO/UZP 101/07

**WYROK**  
**z dnia 23 stycznia 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Klaudia Szczytowska - Maziarz**

**Członkowie:** **Luiza Łamejko**  
**Stanisław Sadowy**

**Protokolant:** **Magdalena Sierakowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o., Consortia Sp. z o.o., ACTION S.A.**, Kraków, ul. Raclawicka 56 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Warszawa, ul. Czerniakowska 16** protestu z dnia 07.12.2007 r.

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

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Warszawa, ul. Czerniakowska 16**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o., Consortia Sp. z o.o., ACTION S.A., Kraków, ul. Raławicka 56.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 5632 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Warszawa, ul. Czerniakowska 16** na rzecz **Konsorcjum: Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o., Consortia Sp. z o.o., ACTION S.A., Kraków, ul. Raławicka 56**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz kosztów zastępstwa procesowego.
- 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 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o., Consortia Sp. z o.o., ACTION S.A., Kraków, ul. Raławicka 56.**

## Uzasadnienie

W dniu 30.06.2007r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ukazało się ogłoszenie o zamówieniu Zamawiającego, którym jest Zakład Ubezpieczeń Społecznych na „Zakup 5 000 szt. stacji roboczych dla Centrali i Oddziałów ZUS”.

Postępowanie zostało wszczęte w trybie przetargu ograniczonego.

W dniu 30.11.2007r. protestujące konsorcjum, którego liderem jest Asseco Systems S.A., zwanej dalej konsorcjum Asseco, otrzymało od Zamawiającego treść SIWZ, będącą podstawą wniesienia protestu.

W dniu 07.12.2007r., tj. z zachowaniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 3 pkt. 2 ustawy Pzp, konsorcjum Asseco złożyło pismem z dnia 07.12.2007r., przekazanym Zamawiającemu faksem w tym samym dniu, protest na treść SIWZ.

Konsorcjum Asseco zarzuciło Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, domagając się dokonania modyfikacji SIWZ poprzez usunięcie wymogu zawartego w Rozdziale II ust. 2 tabela poz. 3 „BIOS’ i odpowiednio w Załączniku nr 1 do Formularza oferty, tj. „Możliwość wyłączenia slotów PCI bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych, podłączanych do niego urządzeń zewnętrznych” oraz przedłużenia terminu składania ofert na podstawie art. 38 ust. 6 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu protestu konsorcjum Asseco stwierdziło, że wskazany wymóg stoi w sprzeczności do dalszych wymagań technicznych sprzętu - Zamawiający nie zawarł w SIWZ wymogu, aby komputery były wyposażone w jakiegokolwiek sloty PCI i tym samym nie podał też wymaganej ich liczby.

Podkreślił, że karty rozszerzeń wkładane w sloty PCI, nie są urządzeniami zewnętrznymi, które mogą być łatwo podłączone przez nieuprawnionego użytkownika. Kartę PCI trzeba zamontować wewnątrz obudowy komputera, a przy wymaganiach Zamawiającego, tj. zainstalowania czujnika otwarcia obudowy oraz fizycznego zabezpieczenia uniemożliwiającego otwarcie obudowy, zamontowanie karty przez osobę nieupoważnioną jest niemożliwe.

W ocenie protestującego konsorcjum Asseco, obecność wszystkich wymaganych urządzeń zintegrowanych na płycie, brak jakichkolwiek wymagań, co do slotów i ich ilości, niemożliwość podłączenia kart PCI do komputera przez osobę nieuprawnioną wskazuje na to, że wymaganie dotyczące zapewnienia możliwości wyłączenia slotów PCI, jest ewidentnym naruszeniem prawa dążącym do nieuczciwego ograniczenia konkurencji.

W ocenie konsorcjum Asseco wymaganie to nie ma racjonalnego wytłumaczenia, jest rozwiązaniem nie występującym lub unikatowym, stosowanym przez nielicznych producentów.

W dniu 10.12.2007r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpiło Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o. żądając uznania protestu i wskazując interes prawny spółki tym, że nie uznanie protestu uniemożliwi spółce złożenie oferty.

Zamawiający w terminie ustawowym nie rozstrzygnął protestu, co zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Pzp poczytuje się za jego oddalenie. Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 19.12.2007r. poprzez jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający stwierdził, że z przedstawionego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań funkcjonalnych jednoznacznie wynika, że zaoferowany sprzęt musi być wyposażony w sloty PCI oraz dodatkowo, że ponieważ Zamawiający nie określił ilości wymaganych slotów, to należy przyjąć, że wymagany jest co najmniej jeden slot.

Zamawiający podkreślił także, że koncepcja rezygnacji z możliwości wyłączenia slotów PCI jest dla Zamawiającego nie do zaakceptowania ponieważ Zamawiający wykorzystuje urządzenia zewnętrzne komunikujące się w technologii PCI. Funkcjonalność tą Zamawiający ocenił jako niezbędną.

W dniu 21.12.2007r., tj. z zachowaniem terminu wskazanego w art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, pismem z tego samego dnia, nadanym w placówce operatora publicznego, konsorcjum, którego pełnomocnikiem jest BIW KONCEPT Sp. z o.o., wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz żądanie dokonania modyfikacji SIWZ oraz przedłużenia terminu składania ofert na podstawie art. 38 ust. 6 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Odwołania Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście.

W ocenie Odwołującego oczywistym jest, że brak możliwości zaoferowania przez wykonawcę funkcjonalności „wyłączenia slotów PCI”, skoro sloty PCI nie są objęte przedmiotem zamówienia.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, zawartej w rozstrzygnięciu protestu, Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie poparł swojego stwierdzenia, że sprzęt musi być wyposażony w sloty PCI, żadnym konkretnym zapisem SIWZ, wobec czego Odwołujący uznaje to stwierdzenie za nadinterpretację SIWZ.

W dniu 07.01.2008r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, w szczególności poprzez dodanie nowej cechy płyty głównej w brzmieniu: „Sloty PCI w ilości minimum 1”.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron złożonych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W ocenie składu orzekającego Izby, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, istnienie interesu prawnego winno być rozpatrywane wg stanu na dzień wnoszenia zarówno protestu, jak i odwołania. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) istnienie interesu prawnego warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej. Zatem, aby skorzystać z tego prawa, wykonawca musi wnieść odwołanie, co oznacza, że to w dniu jego wniesienia, po stronie wykonawcy, istnieć musi ów interes prawny. Gdyby przyjąć, że istnienie lub brak interesu prawnego jest konsekwencją działań Zamawiającego i to działań pozostających w sprzeczności z przepisami ustawy (Zamawiający ma obowiązek rozstrzygnąć, choćby „milcząco” protest, a wykonawca ma prawo przyjąć, że jest to ostateczne stanowisko Zamawiającego, uruchamiające ewentualnie postępowanie odwoławcze), to negatywne konsekwencje tych działań, w szczególności co do kosztów postępowania odwoławczego, ponosiłby Odwołujący. Skład orzekający Izby podzielił w tym zakresie stanowisko Odwołującego, że byłoby to niedopuszczalne.

W dniu 21.12.2007r., tj. w dniu złożenia odwołania, odwołujące się konsorcjum KONCEPT Sp. z o.o., Consortia Sp. z o.o. i ACTION S.A. posiadało interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ponieważ wymóg Rozdziału II ust. 2 tabela poz. 3 „BIOS” uniemożliwiał Odwołującemu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym w dacie składania odwołania Odwołujący był uprawniony domagać się usunięcia wymogu zawartego w SIWZ o treści: „Możliwość wyłączenia slotów PCI bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych, podłączanych do niego urządzeń zewnętrznych”.

Jednak już po wniesieniu odwołania, pismem z dnia 07.01.2008r., Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ nadając następujące brzmienie spornemu wymogowi: ”Możliwość polegająca na kontrolowaniu urządzeń wykorzystujących magistralę komunikacyjną PCI, bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych. Pod pojęciem kontroli Zamawiający rozumie

funkcjonalność polegającą na blokowaniu / odblokowaniu dostępu do urządzenia wykorzystującego magistralę komunikacyjną PCI”.

Jak ustalono w toku rozprawy modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która dotarła do Odwołującego w dniu 08.01.2008r., czyniła zadość żądaniu Odwołującego zawartemu w odwołaniu, tj. jak oświadczył pełnomocnik Odwołującego, modyfikacja ta „skonsumowała” żądanie usunięcia spornego wymogu.

Wniosek o oddalenie odwołania Zamawiający oparł na błędnym, jak skład orzekający Izby wskazał powyżej, założeniu, że brak jest po stronie Odwołującego interesu prawnego. Jednak co do meritum, to sam Zamawiający swoim działaniem, tj. dokonując modyfikacji SIWZ, w istocie uznał zarzut i żądanie Odwołującego za zasadne.

W ocenie składu orzekającego Izby, z treści SIWZ w brzmieniu z dnia 30.11.2007r. nie można było w sposób nie budzący wątpliwości wywieść czy i w jakiej ilości slotów PCI wymagał Zamawiający. Ustalenie to pozostawało w ścisłym związku ze sporną funkcjonalnością komputera. Ponieważ opisowi przedmiotu zamówienia nie można było przypisać cechy jednoznaczności i wyczerpującego charakteru, stwierdzić należy, że Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Poprzez zawarcie w treści SIWZ niejednoznacznych i niespójnych postanowień, Zamawiający naruszył tym samym także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jako że wykonawcy w różny sposób interpretowali postanowienia SIWZ.

Skład orzekający Izby nie nakazał Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ, ponieważ jak wskazano powyżej, czynność ta została już przez Zamawiającego wykonana.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też, uwzględniając treść § 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), skład orzekający Izby uznał za uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego na podstawie rachunku (faktura VAT 3/2008).

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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*