

Sygn. akt: KIO/UZP 1805/09

**WYROK**  
**z dnia 5 lutego 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Członkowie: Barbara Bettman**

**Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Renata Łuba**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Obsługi Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi, 00-930 warszawa, ul. Wspólna 30** protestu z dnia 12 listopada 2009r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx 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 **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi Zakład Obsługi prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci publicznej na rzecz Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi w Warszawie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29.08.2009 roku nr 2009/S 166-240411.

Pismem z dnia 12 listopada 2009 roku odwołujący – Netia S.A. wniósł protest na czynność zamawiającego polegającą na modyfikacji siwz, o której odwołujący powziął informację dnia 5 listopada 2009 roku.

Odwołujący zarzucił, że w przedmiotowym postępowaniu naruszono:

1. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp - przez zmianę siwz dokonaną jako efekt udzielania wyjaśnień na pytania do siwz - w tym zakresie, gdzie zamawiający zakazuje wykonania łącza zapasowego w technologii kablowej światłowodowej (odpowiedzi 5 i 6) - co narusza reguły uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wymóg świadczenia usług łącza zapasowego drogą kablową, nieświatłowodową nie został w żaden obiektywny sposób uzasadniony, nie ma on żadnego znaczenia funkcjonalnego.
2. art. 7 ust. 1 i ust.2 ustawy Pzp oraz art. 5 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp - przez modyfikację SIWZ dokonaną przez odpowiedź na pytanie oznaczone nr 22 - w tym zakresie, gdzie Zamawiający zmodyfikował specyfikację w taki sposób, iż przywrócił jej treść pierwotną, już raz zmodyfikowaną w efekcie rozstrzygnięcia protestów wykonawców (rozstrzygnięcie uprzednich protestów datowane 22.09.2009). Dokonaną modyfikacją na pytanie nr 22 zamawiający uniemożliwił swobodny dostęp wykonawców do udziału w postępowaniu, wykluczając stosowanie opłaty instalacyjnej i abonamentowej pozbawił prawa do swobodnego konstruowania oferty.

3. art. 36 ust 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - przez nieuprawnione żądanie wskazania podwykonawców - odpowiedź na pytanie 26, gdzie zamawiający, wbrew przepisom ustawy Pzp wymaga wskazania podwykonawców.
4. art.38 ust. 6 ustawy Pzp - przez zaniechanie, polegające na tym, że zamawiający, w związku z faktem istotnej modyfikacji SIWZ, powinien był odpowiednio przedłużyć termin składania ofert, czego nie uczynił.

Zamawiający protestu nie rozstrzygnął, co w konsekwencji uznania protestu za oddalony spowodowało wniesienie odwołania przez odwołującego w dniu 2 grudnia 2009 roku. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w terminie ustawowym.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne oraz biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone do protokołu postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie podlega oddaleniu.**

Izba ustaliła, że termin składania ofert wyznaczony na dzień 13 listopada 2009 roku już upłynął. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, odwołujący nie jest uczestnikiem postępowania, zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 30 listopada 2009 roku.

Izba stwierdziła, że odwołujący jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia i kwestionujący zmodyfikowane postanowienia siwz, które w jego ocenie uniemożliwiły mu udział w przedmiotowym postępowaniu legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes prawny odwołującego należy oceniać na moment złożenia protestu i odwołania, zatem bez wpływu dla oceny posiadania interesu prawnego jest okoliczność dokonania przez zamawiającego czynności otwarcia ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Dokonanie czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne pozostaje bez wpływu na ocenę istnienia interesu prawnego wykonawcy, korzystającego ze środków ochrony prawnej, który kwestionuje postanowienia siwz.

W załączniku nr 1 do umowy „Szczegółowy opis przedmiotu umowy” tiret drugie zamawiający zastrzegł, że „wymaga świadczenia usługi podstawowym łączem światłowodowym oraz zapasowym kablowym. Wyklucza się świadczenie usługi drogą radiową”. W odpowiedzi na pytanie nr 6 z dnia 5 listopada 2009 roku zamawiający wskazał, że nie dopuszcza doprowadzenia łącza zapasowego ISDN PRA po łączu światłowodowym.

Zdaniem Izby, twierdzenie odwołującego, że zamawiający dopiero pismem z dnia 5 listopada 2009 roku dopuścił świadczenie usługi łącza zapasowego po łączu kablowym, nieświatłowodowym nie zasługuje na uznanie. Okoliczność ta była znana odwołującemu na podstawie siwz z dnia 7 października 2009 roku. Skoro, jak wyjaśnił odwołujący, łącze światłowodowe to także łącze kablowe, to wyjaśnienie z dnia 5 listopada 2009 roku na pytanie nr 5 należy uznać nie za modyfikację siwz a jej doprecyzowanie.

Dodatkowo w odpowiedzi na pytanie nr 6 zamawiający podkreślił, że zapisy siwz pozostawia bez zmian.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem ale i prawem Zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia reguluje norma art. 29 ustawy pzp, zakazująca takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję przez użycie sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty.

Podkreślenia wymaga okoliczność, że zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w taki sposób, aby uzyskać oczekiwany efekt, ponieważ „ustawodawca pozostawił w gestii zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes” (wyrok ZA z 4 kwietnia 2003 r., sygn. akt UZP/ZO/0-348/03, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrow, A. Kurowska, Warszawa 2006, s. 80).

Zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu, określonym w art. 6 k.c jak również w art. 188 ust. 1 w związku z art. 14 ustawy Pzp, ciężar udowodnienia faktu, że przez opis przedmiotu zamówienia zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji, spoczywa w całości na Odwołującym. Tymczasem odwołujący nie udowodnił, że świadczenie usługi łączem kablowym uniemożliwi mu lub utrudni złożenie oferty, tym bardziej że jak wyjaśnił odwołujący oba rozwiązania (łącze kablowe: światłowód, miedz) są mu znane i dostępne.

Sama okoliczność, że odwołujący, jak twierdzi nie mógł złożyć oferty, bo zamawiający wyznaczył zbyt krótki czas na przygotowanie oferty po udzieleniu wyjaśnień, nie świadczy o tym, że została naruszona zasada uczciwej konkurencji.

W odpowiedzi na pytanie nr 22 - czy zamawiający przewiduje ograniczenie od góry opłaty instalacyjnej, gdyż brak takiego ograniczenia zmusza wykonawców do maksymalizacji opłaty instalacyjnej kosztem opłat jednostkowym i miesięcznych, zamawiający wskazał, że wyodrębnienie w formularzu ofertowym kosztów eksploatacyjnych oraz abonamentowych zostało wymuszone przez wykonawców w wyniku protestów. Zamawiający, mając na uwadze, że dokonane zmiany zostaną wykorzystane przez wykonawców do nieuprawnionego zawyżenia kosztów instalacyjnych, zamawiający dokonał zmiany tabeli „Sposób wyliczenia ceny oferty” oraz „uwag do obliczenia ceny oferty”, przywracając jego brzmienie sprzed wniesienia protestów.

W ocenie Izby, odpowiedź na pytanie nie uniemożliwiła czy nawet nie stanowiła przeszkody w złożeniu oferty przez odwołującego. Argument odwołującego, że zamawiający wykluczając stosowanie opłaty instalacyjnej i abonamentowej – płatnej jednorazowo, z góry pozbawił wykonawców prawa do swobodnego konstruowania ceny oferty, nie stanowił w ocenie Izby przeszkody w złożeniu i przygotowaniu oferty. Zasady przygotowania i skonstruowania ceny oferty były znane wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu na równych prawach. W ocenie Izby, zamawiający ma prawo konstruować wymagania siwz, w tym dotyczące obliczenia ceny oferty oraz rozliczenia umowy w swobodny dla siebie sposób, z uwzględnieniem zasad swobody umów. W zaistniałym sporze za zasadne należy przyjąć wyjaśnienie zamawiającego, że rozliczenie kosztów instalacji w cenach jednostkowych połączeń regulowanych w okresie trwania umowy jest konieczne z uwagi na ograniczone możliwości finansowe zamawiającego.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia powyższej kwestii pozostaje okoliczność, że zamawiający uprzednio w wyniku udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 22 zmienił wcześniej już zmieniony w wyniku rozstrzygnięcia protestów formularz oferty w ten sposób, że wymagał rozliczenia kosztów instalacji w kosztach za wykonywane połączenia. Czynność modyfikacji siwz, jak każda czynność w postępowaniu podlegała bowiem zaskarżeniu w drodze środków ochrony prawnej, niezależnie od tego, że uprzednio, rozstrzygając protesty zamawiający zmienił pierwotne brzmienie siwz.

W odpowiedzi na pytanie nr 26 zamawiający wskazał, że oczekuje wskazania podwykonawców przed podpisaniem umowy w sprawie niniejszego zamówienia, ewentualnie przed powierzeniem podwykonawcom zadań określonych w umowie. Wobec tego pozostawił alternatywę co do momentu wskazania podwykonawców. Należy zwrócić uwagę na fakt, że przepisy ustawy Pzp istotnie dopuszczają jedynie możliwość żądania wskazania przez wykonawców części zamówienia powierzonej podwykonawcom, niemniej jednak przepis ten odnosi się wyłącznie do wskazania podwykonawców w treści oferty. Udzielone wyjaśnienie

na pytanie nr 26 nie kreowało obowiązku podania podwykonawców w ofercie, pozostawiając wykonawcom wybór wskazania ich przed podpisaniem umowy ewentualnie przed powierzeniem zadań. Zatem odpowiedź na pytanie 26 nie naruszała wskazanego przez odwołującego przepisu art. 36 ust. 4 ustawy Pzp.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 38 ust. 6 ustawy Pzp, który obliguje zamawiającego do przedłużenia terminu składania ofert jedynie w sytuacji, gdy w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach. Obowiązek przedłużenia terminu składania ofert jest więc uwarunkowany koniecznością zapewnienia wykonawcom czasu niezbędnego na wprowadzenie zmian. Dokonując oceny „czasu niezbędnego” na wprowadzenie zmian zamawiający winien brać pod uwagę zakres i charakter wprowadzonych modyfikacji. W ocenie Izby przedłużenie terminu składania ofert o 8 dni, jak uczynił to zamawiający było wystarczające i nie uniemożliwiło przygotowania ofert uwzględniających dokonane zmiany.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 ze zm.).

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 ze 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:**

.....

.....