

Sygn. akt KIO/UZP 85/07

**WYROK**  
**z dnia 21 stycznia 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Stanisław Sadowy  
**Członkowie:** Małgorzata Stręciwilk  
Klaudia Szczytowska -Maziarz  
**Protokolant:** Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie\* w dniu / w dniach\* 18.01.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Gildia Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Tehand Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Lublinie, ul. Rudnicka 26, 20-140 Lublin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Edukacji Narodowej, Warszawa, Al. Jana Chrystiana Szucha 25, 00-918 Warszawa** protestu / protestów\* z dnia 5 grudnia 2007 r.

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

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.**

2. kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Edukacji Narodowej, Warszawa, Al. Jana Chrystiana Szucha 25, 00-918 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Gildia Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Tehand Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Lublinie, ul. Rudnicka 26, 20-140 Lublin;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Ministerstwo Edukacji Narodowej, Warszawa, Al. Jana Chrystiana Szucha 25, 00-918 Warszawa** na rzecz **Konsorcjum: Gildia Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Tehand Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Lublinie, ul. Rudnicka 26, 20-140 Lublin,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty wpisu zaliczonej na poczet kosztów postępowania odwoławczego oraz 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 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Gildia Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Tehand Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Lublinie, ul. Rudnicka 26, 20-140 Lublin.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Ministerstwo Edukacji Narodowej w Warszawie - działając w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą”, wszczęło w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wyposażenie CKU, CKP i szkół zawodowych w stanowiska do egzaminów zawodowych – część I – zawód N2 kucharz małej gastronomii” (znak sprawy: WZP.322-AK-05/07).

W dniu 29.11.2007 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W zawiadomieniu tym Zamawiający zawarł informację m.in. o odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Gildia Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Tehand Sp. z o.o. – obie z siedzibą w Lublinie, zwane dalej „Odwołującym”. Zamawiający wskazał, iż odrzucenia oferty, o której mowa, dokonał na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż – w jego ocenie – treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) w wyniku uznania, iż zamiast malakserów, stanowiących jeden z elementów zamówienia Odwołujący zaoferował dostawę urządzenia, które, cyt. „nie jest malakserem w rozumieniu warunków, jakie Zamawiający zawarł w pismach modyfikujących SIWZ”.

Na tę czynność Zamawiającego, pismem z dnia 05.12.2007 r., data wpływu do Zamawiającego: 06.12.2007 r., Odwołujący złożył protest. W proteście tym wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i wniósł o uwzględnienie protestu, unieważnienie czynności odrzucenia oferty oraz o dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, przede wszystkim:

Czynność odrzucenia oferty Odwołującego, którą Zamawiający uzasadnił tym, iż, cyt. z uzasadnienia protestu: „Protestujący zaoferował urządzenie: „Nazwa produktu: Malakser, Symbol produktu: Blixer 3 nr 33141”, co zdaniem Zamawiającego oznacza, iż: urządzenie to funkcjonuje na rynku pod nazwą blixer, a więc maszyna ta nie jest malakserem w rozumieniu warunków, jakie Zamawiający zawarł w pismach modyfikujących SIWZ” - jest niezgodna z przepisami ustawy, niezrozumiała merytorycznie, oparta na błędnych przesłankach i wnioskach.

Zdaniem Odwołującego, nie budzi wątpliwości, iż zaoferowany przez niego produkt jest malakserem i nie jest to cutter ani cutter-wilk. Odwołujący wskazał, iż „malakser to urządzenie różniące się konstrukcyjnie od „cuttera” m.in. budową, wykończeniem i mocą, mimo, że obydwa urządzenia są wizualnie do siebie podobne (wielokrotnie to podkreślał, w postępowaniu protestacyjno-odwoławczym i w skardze). Urządzenia te różnią się funkcjonalnością: cutter służy do obróbki produktów tylko stałych, natomiast malakser służy ponadto także do obróbki produktów półpłynnych i płynnych. Stwierdził również, iż urządzenia te mogą mieć różne symbole produktu nadawane przez producentów, dystrybutorów. Podkreślił również, iż zaoferowany przez niego malakser „konsumuje funkcjonalności cuttera, choć nim nie jest. Wskazał również, iż w złożonej ofercie, w części dotyczącej malaksera określił: „Nazwa produktu: Malakser, Symbol produktu: Blixer 3 nr 33141”, co w uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty stwierdził także Zamawiający. Odwołujący dodał, iż wyraz „Blixer” odnosi się jedynie do symbolu produktu.

Zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia protestu w przewidzianym przepisami ustawy terminie, wobec czego Odwołujący wniósł w dniu 20.12.2007 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od oddalenia protestu.

Odwołujący podtrzymał w odwołaniu zarzuty zawarte w proteście: naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Jednocześnie wniósł o:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- nakazanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy. W dniu 6.12.2007 r. upływał ostatni dzień terminu związania ofertą w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tym też dniu Odwołujący złożył protest do Zamawiającego i samodzielnie przedłużył ważność swojego wadium. W związku z tym, że Odwołujący w dniu złożenia protestu był związany swoją ofertą, a także posiadał jej wadialne zabezpieczenie, skład orzekający Izby uznał, jak powyżej.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż potwierdziły się zarzuty w nim zawarte.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu poszczególnych zarzutów stwierdzić należy, co następuje.

W SIWZ w poz. „Zawód: 512 (05) kucharz małej gastronomi” Zamawiający określił, iż zamówienie obejmować będzie m.in. dostawę urządzeń o nazwie handlowej „malakser” (w ilości 712 sztuk) oraz określił wymagania, jakie urządzenie to winno spełniać:

„Maszyna wielofunkcyjna:

- zasilanie 230V
- moc od 0,5 kW do 1 kW
- obroty tarczy min. 1400 obr/min
- pojemnik ze stali nierdzewnej min. 2,5 litra
- funkcje: wyrabiania, ubijania, siekania, rozdrabniania
- akcesoria do wykonania w/w funkcji
- certyfikat CE”.

W wyniku zapytań wykonawców dotyczących treści SIWZ, Zamawiający wyjaśnił, w piśmie z dnia 20.06.2007 r., iż „malakser to nie cutter-wilk, ani robot wielofunkcyjny. Urządzenie występuje na rynku pod własną nazwą” (odpowiedź na pytanie nr 2), a także, iż: „Malakser to nie jest cutter-szatkownica. Urządzenie występuje na rynku pod własną nazwą”.

Skład orzekający Izby ustalił, iż zaoferowane przez Odwołującego urządzenie funkcjonuje na rynku pod nazwą własną „malakser”. Tym samym został wypełniony wymóg Zamawiającego określony w wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 20.06.2007 r., aby oferowane urządzenie występowało na rynku pod własną nazwą. Urządzenie zaoferowane w ofercie Odwołującego – jak wskazują na to: załączona do odwołania specyfikacja techniczna urządzenia i deklaracja zgodności oraz jak podał to sam wykonawca w treści złożonej oferty (tab. na str. 5 oferty Odwołującego: „Nazwa produktu: Malakser symbol produktu: Blixer3 nr 33141”) w nazwie produktu pojawia się nazwa własna: „malakser”. Urządzenie to funkcjonuje na rynku pod nazwą własną „malakser” i nie jest cutterem, ani cutter- wilkiem, zatem nie mieści się w wyłączeniu, które Zamawiający zawarł w wyjaśnieniach do SIWZ. Powyższe stanowisko zgodne jest wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 listopada 2007 r. (sygn. akt: V Ca 2058/07), który rozstrzygał analogiczne kwestie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Sąd Okręgowy w tym orzeczeniu zwrócił uwagę na wiążący charakter wyjaśnień do SIWZ udzielanych w tym postępowaniu przez Zamawiającego, a odnoszących się do nazwy oferowanego urządzenia, nie kwestionując jednakże konieczności spełniania przez urządzenie wymogów w zakresie funkcjonalności.

Odnosząc się do drugiej poruszanej w postępowaniu odwoławczym kwestii – oceny spełniania przez oferowane urządzenie funkcjonalności i wymogów technicznych urządzenia - skład orzekający Izby ustalił, opierając się na treści oferty Odwołującego i złożonym przez niego na rozprawie oświadczeniu, że oferowane urządzenie spełnia wszystkie parametry techniczne oraz funkcjonalności określone w SIWZ. W szczególności urządzenie to wyposażone jest w tarczę, co początkowo na rozprawie kwestionował Zamawiający. Jednakże treść złożonej w postępowaniu oferty wskazuje, że urządzenie posiada obroty tarczy: 3000 obr/min (tab. Na str. 5 oferty Odwołującego), a zatem wyposażone jest w tarczę. Jeśli Zamawiający miał w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości mógł skorzystać z prawa do żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Z uprawnienia tego nie skorzystał, zatem brak było podstaw do kwestionowania oferty złożonej przez Odwołującego, skoro faktycznie jej treść wskazywała, że urządzenie wyposażone jest w tarczę , a oprócz tego w noże. Dodatkowo Odwołujący w treści oferty wskazał wyraźnie, że urządzenie posiada funkcje: wyrabiania, ubijania, siekania, rozdrabiania, tym samym wypełnia wymogi Zamawiającego zawarte w SIWZ również w zakresie funkcjonalności urządzenia.

Powyższe ustalenia składu orzekającego Izby wskazują na naruszenie przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy – art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy, co skutkowałoby koniecznością unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonaniem przez Zamawiającego czynności ponownej oceny ofert. Jednakże uwzględniając stan faktyczny i prawny sprawy skład orzekający Izby skorzystał w tym zakresie z prawa wynikającego z treści art. 191 ust. 3 ustawy. Stosownie do tego przepisu, Izba bierze pod uwagę okoliczności skutkujące nieważnością postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z urzędu. Bezsprzeczna jest okoliczność, iż protest Odwołującego został złożony do Zamawiającego – jak wskazano powyżej - w ostatnim dniu terminu związania ofertą. W związku z wniesieniem protestu termin ten – stosownie do dyspozycji art. 181 ust. 1 ustawy - uległ *ex lege* zawieszeniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.

W wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, którym w niniejszej sprawie będzie dzień wydania orzeczenia przez skład orzekający Izby, termin związania ofertą ulegnie z dniem następnym odwieszeniu. Odwieszenie biegu terminu związania ofertą w związku z tym, że termin ten (60 dni) faktycznie już upłynął (60 dzień terminu upływał w dniu 6.12.2007r., a zawieszenie terminu nastąpiło od dnia następnego, tj. 7.12.2007 r.) skutkuje uznaniem, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zachodzi więc podstawa do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikająca z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Umowy tej Zamawiający nie będzie mógł zawrzeć nawet w trybie art. 94 ust. 1a ustawy, ponieważ w terminie związania ofertą nie będzie możliwe przekazanie wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że termin związania ofertą podlega przedłużeniu samodzielnie przez wykonawcę na skutek złożonego przez niego, z własnej inicjatywy oświadczenia woli w tym zakresie. Kwestie dotyczące biegu terminu związania ofertą zostały ściśle określone przez ustawodawcę (przede wszystkim przepis art. 85 ust. 2 ustawy, w świetle którego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego termin związania ofertą podlega jednokrotnemu przedłużeniu z inicjatywy zamawiającego na wybrany przez niego okres, nie dłuższy jednakże niż 60 dni). Ustawodawca nie dał w tym zakresie żadnych uprawnień wykonawcom. Zgodzić się jednak należy z Odwołującym w kwestii możliwości samodzielnego przedłużenia ważności wadium w postępowaniu, w szczególności w sytuacji, kiedy bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu na skutek użycia środków ochrony prawnej, a Zamawiający nie wzywa wykonawców w trybie art. 181 ust. 2a ustawy do przedłużenia terminu związania ofertą albo – jak w niniejszym postępowaniu nie ma takiej możliwości. W takiej sytuacji, wywołanej

protestem, który powoduje zawieszenie biegu terminu związania ofertą, jednakże nie powoduje tego skutku w odniesieniu do wadium, na wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie spoczywa ciężar czuwania nad prawidłowością zabezpieczenia wadium swojej oferty. Powyższe potwierdza również dotychczasowe orzecznictwo zespołów arbitrów oraz sądów okręgowych.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie skład orzekający Izby uznał za uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu zastępstwa przez Izbę, uwzględniając w tym zakresie przedłożony do akt sprawy przez Odwołującego rachunek (faktura VAT) oraz treść przepisu § 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).

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*