

Sygn. akt KIO/UZP 907/09

Sygn. akt KIO/UZP 915/09

WYROK

z dnia 3 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

**Członkowie: Luiza Łamejko
Anna Majstrowicz**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2009 roku do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. wykonawcę „S & T Services” Polska Sp. z o.o., ul. Młynarska 48, 01-171 Warszawa (sygn. akt KIO/UZP 907/09)

B. wykonawcę Gildia Sp. z o. o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin (sygn. akt KIO/UZP 915/09)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa**

protestu z dnia **19 czerwca 2009 r.** wniesionego przez wykonawcę „S & T Services” Polska Sp. z o.o., ul. Młynarska 48, 01-171 Warszawa (sygn. akt KIO/UZP 907/09) oraz protestu z dnia **18 czerwca 2009 r.** wniesionego przez wykonawcę **Gildia Sp. z o. o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin (sygn. akt KIO/UZP 915/09),**

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego:

Gildia Sp. z o.o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin (sygn. KIO/UZP 907/09) oraz „S & T Services” Polska Sp. z o.o., ul. Młynarska 48, 01-171 Warszawa (sygn. akt KIO/UZP 915/09) po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1A. Uwzględnia odwołanie wniesione przez „S & T Services” Polska Sp. z o.o. i nakazuje unieważnić czynność odrzucenia oferty „S & T Services” Polska Sp. z o.o. i nakazuje dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty „S & T Services” Polska Sp. z o.o.,

1B. Oddala odwołanie wniesione przez Gildia sp. z o.o.

2. Kosztami postępowania obciąża Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 907/09 i Gildia Sp. z o. o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 915/09 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A.** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę „S & T Services” Polska Sp. z o.o., ul. Młynarska 48, 01-171 Warszawa,
 - B.** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę **Gildia Sp. z o. o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **9 487 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy czterysta osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

- A** kwoty **5 887 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa** na rzecz „**S & T Services**” Polska Sp. z o.o., ul. Młynarska 48, 01-171 Warszawa, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- B** kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Gildia Sp. z o. o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin;** na rzecz **Komendy Głównej Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **25 426 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A.** kwoty **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy „**S & T Services**” Polska Sp. z o.o., ul. Młynarska 48, 01-171 Warszawa,
- B.** kwoty **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Gildia Sp. z o. o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin.**

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

Zamawiający – Komenda Główna Policji w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Zakup i instalację urządzeń do elektronicznego daktyloskopowania oraz ich integracja z modernizowanymi klasycznymi stanowiskami do fotografii sygnalicyznej*”, w trybie negocjacji bez ogłoszenia, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058).

Dnia 10 czerwca 2009 roku Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu ofert i unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Sygn. akt KIO/UZP 915/09

Dnia 18 czerwca 2009 roku Wykonawca Gildia Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (zwany dalej Protestującym lub Odwołującym się) wniósł protest wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku przedmiotowego postępowania, polegających na:

- 1) odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, oferty Protestującego, w sytuacji, gdy oferta złożona przez Protestującego spełnia wymagania Zamawiającego,
- 2) nie podaniu uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Protestującego, do czego Zamawiający jest zobowiązany w myśl art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp,
- 3) unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, w sytuacji, gdy nie zachodzą przesłanki określone tym przepisem.

W związku z powyższym Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Na skutek powyższego interes prawny Protestującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferta złożona przez Protestującego zostałaby uznana za najkorzystniejsza, co umożliwiłoby Protestującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Wskazując na powyższe, Odwołujący się wniósł o uwzględnienie protestu, i unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając wskazał, iż w dokumencie informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający nie wskazał konkretnie (miejsce błędu, jego znaczenie itp.) na czym polega niezgodność oferowanego przez Protestującego sprzętu z wymaganym standardem ANSI/NIST-ITL 1-2000, wersja 4.22b, w zakresie rekordu 4.006, 4.007. W takiej sytuacji Protestującemu trudno się odnieść do stwierdzenia Zamawiającego jakoby sprzęt Protestującego nie spełnił przeprowadzonych testów.

Protestujący oświadczył, iż oferowany przez niego sprzęt spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, w tym pliki wygenerowane podczas testów spełniają standard formatu wymiany informacji daktyloskopijnych ANSI/NIST-ITL 1-2000, wersja 4.22b.

Powyższe potwierdzają m.in. następujące okoliczności:

W dniu 9 czerwca 2009 r. odbyły się testy oferowanego przez Protestującego sprzętu. W celu dokonania oceny zgodności struktury, wygenerowanego pliku ANSI/NIST z ogólną specyfikacją standardu ANSI/NIST-ITL 1-2000, wersja 4.22b i pozostałych parametrów sprzętu testom poddano 30 osób. W trakcie testów na życzenie Zamawiającego Protestujący przekazał o godz. 11:00 robocze pliki ANSI/NIST z testami 2 (dwóch) osób. Z treści informacji przekazanej Protestującemu 10 czerwca 2009 roku wynika, iż ocenie Zamawiającego podlegały robocze pliki przekazane o godzinie 11.00, a nie końcowe wyniki pracy podczas testów. Komplet plików z testami 30 (trzydziestu) osób został przekazany Zamawiającemu dopiero po godz. 21:00. Końcowe pliki przekazane Zamawiającemu nie zawierają błędów i są zgodne ze standardem ANSI/NIST-ITL 1-2000, wersja 4.22b.

Miarodajnym dla przeprowadzenia oceny, czy wymagany standard jest spełniony, może być jedynie komplet plików z testami 30 osób, przekazany Zamawiającemu po godz. 21:00 po zakończeniu testów. Komplet plików z testami 30 osób potwierdza, iż oferowany przez Protestującego sprzęt spełnia standard ANSI/NIST-ITL 1-2000, wersja 4.22b.

Okoliczność, iż wspomniane dwa pliki robocze - przekazane Zamawiającemu na jego życzenie przed ukończeniem testów - nie spełniają wymaganego standardu, w żaden sposób nie dowodzi, iż oferowany przez Protestującego sprzęt nie spełnia wymaganego standardu, co najwyżej dowodzi tego, iż ocena plików roboczych została przeprowadzona nieprawidłowo lub pliki robocze były nieprawidłowe (zawierały błąd).

Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzić należy, iż oferta złożona przez Protestującego spełnia wymagania Zamawiającego, w tym oferowany przez Protestującego sprzęt spełnia standard ANSI/NIST-ITL 1-2000, wersja 4.22b. Tym samym brak podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Dnia 19 czerwca 2009 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 22 czerwca 2009 roku wykonawca „S & T Services” Polska Sp. z o.o. przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 25 czerwca Zamawiający protest oddalił.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niewskazania w informacji o odrzuceniu oferty, na czym polega niezgodność oferowanego sprzętu z wymaganym standardem ANSI/NIST-ITL 1-2000, wersja 4.22b, a tym samym nie wypełnienia zapisów ustawy z art. 92 ust. 1 pkt 2, Zamawiający uznał go za bezzasadny.

W piśmie nr Fa 1011/09 z dnia 10.06.2009 r. Zamawiający podał zarówno uzasadnienie prawne (art. 89 ust. 1 pkt 2) jak i faktyczne odrzucenia oferty. Bowiem jednoznacznie i precyzyjnie określił, iż niezgodność wygenerowanych przez Wykonawcę plików ze specyfikacją standardu ANSI/NIST-ITL 1-2000, wersja 4.22b wystąpiła w zakresie rekordu 4.006 i 4.007 dla obrazów odbitek kontrolnych 4 palców lewej i prawej dłoni.

Odnosząc się do opisu procedury przeprowadzonych w dniu 9 czerwca br. testów, Zamawiający poinformował, że szczegółowy opis przeprowadzenia testów został opisany w pkt. 2 załącznika nr 1 do SIWZ oraz w rozdziale XIV SIWZ. W żadnym z punktów dokumentacji Zamawiający nie przewidywał, a z całą pewnością nie wymagał od Wykonawcy tworzenia w czasie testów plików roboczych. Wszystkie pliki, które zostały utworzone w czasie trwania testów w godzinach 9-21 były plikami wygenerowanymi na potrzeby dokonania oceny technicznej oferowanego rozwiązania, i tak zostały przez Zamawiającego ocenione. Dwa pliki, 1514007_0001_2009.nst i 1514007_002_2009.nst, przekazane ok. godz. 11.00, o których pisze Protestujący, były plikami, które zgodnie z postanowieniami SIWZ mogły być kompleksowo ocenione, ponieważ jako jedyne zawierały pełną rejestrację w postaci kompletu danych demograficznych oraz pełną sygnalitikę i daktyloskopię. Pozostałe pliki musiały posiadać taką samą strukturę, lecz nie musiały mieć wypełnionych wszystkich pól z karty daktyloskopijnej jak również w karty albumowej.

Zdaniem Zamawiającego miał on prawo dokonać oceny wyżej wymienionych plików w trakcie trwania testów. Dokonana ocena zawartości plików była negatywna w zakresie rekordu logicznego typ-4 pole 006 i 007 dla odbitek kontrolnych czterech palców prawej i lewej dłoni, co znalazło odzwierciedlenie w sporządzonym protokole z prezentacji oferowanego sprzętu. Niezgodność oferowanego produktu z treścią SIWZ skutkowa

odrzuconiem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co też Zamawiający uczynił. Należy zauważyć, że pliki 1514007_0001_2009.nst i 1514007_002_2009.nst przekazane na płycie CD po testach zawierają INNE DANE niż pliki przekazane do oceny w trakcie testów. W związku z faktem, iż wszystkie oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu zostały odrzucone Zamawiający miał obowiązek unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, bezpodstawnym jest więc zarzut Protestującego, iż nie zachodzą przesłanki określona przepisami do unieważnienia postępowania.

Ze stanowiskiem Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 6 lipca 2009 roku wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie podtrzymując zarzuty jak i argumentację jak w proteście wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz o dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dnia 8 lipca 2009 roku Zamawiający wezwał wykonawcę do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Dnia 24 lipca 2009 roku do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca „S & T Services” Polska Sp. z o.o.

Sygn. akt KIO/UZP 907/09

Dnia 19 czerwca 2009 roku Wykonawca S&T Services Polska sp. z o.o. (zwany dalej Protestującym lub Odwołującym się) wniósł protest wobec czynności Zamawiającego na następujące czynności i zaniechania Zamawiającego:

- 1) na czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp;
- 2) na zaniechanie czynności poprawienia w ofercie Protestującego omyłki polegającej na niezgodności jego oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści tej oferty, na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp;
- 3) na czynność odrzucenia oferty Protestującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp;
- 4) zaniechanie czynności zaproszenia Protestującego do testów technicznych zgodnie zał. nr 1 do siwz;

- 5) na zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy EAS Enviment Analytical Systems Gesellschaft m. b. H., (dalej: "EAS") z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy pzp;
- 6) na czynność zaproszenia wykonawcy GILDIA Sp. z o.o., do testów technicznych, pomimo że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp.

Oprotestowanym czynnościom i zaniechaniem Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

- art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy pzp poprzez jego zastosowanie i unieważnienie postępowania, pomimo że nie zachodziła do tego przesłanka, gdyż oferta Protestującego nie ulegała odrzuceniu;
- art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp poprzez jego niezastosowanie do oferty Protestującego i niepoprawienie w niej omyłki, pomimo istnienia po stronie Zamawiającego takiego ustawowego obowiązku;
- art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez jego zastosowanie do oferty Protestującego, podczas gdy oferta Protestującego nie ulegała odrzuceniu i w związku z tym niezaproszenie Protestującego do testów technicznych;
- art. 7 ust 1 ustawy pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z niezaproszeniem Protestującego do testów technicznych;
- art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy pzp poprzez jego niezastosowanie do wykonawcy EAS i niewykluczenie go z postępowania, pomimo istnienia po stronie Zamawiającego takiego obowiązku;
- art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez jego niezastosowanie do oferty wykonawcy GILDIA Sp. z o.o. i zaproszenie go do testów technicznych, podczas gdy oferta GILDIA Sp. z o.o. ulegała odrzuceniu jako sprzeczna z siwz.

W związku z powyższym Protestujący domagał się:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Protestującego;
- 3) poprawienia omyłki w ofercie Protestującego na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp;
- 4) zaproszenia Protestującego do testów technicznych i powtórzenia czynności przeprowadzenia tych testów;
- 5) unieważnienia czynności zaproszenia wykonawcy GILDIA Sp. z o.o. do testów technicznych;

6) wykluczenia z postępowania wykonawcy EAS.

Uzasadniają wskazał na następujące okoliczności.

Interes prawny Protestującego doznał w wyniku powyżej wymienionych czynności i zaniechań uszczerbku, gdyż gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z prawem, to oferta Przystępującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

I. Odrzucenie oferty Protestującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp

Zamawiający w piśmie z dnia 10 czerwca 2009 r. odrzucił ofertę Protestującego jako sprzeczną z siwz na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 stawy pzp.

W załączniku do siwz: szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, pkt 1.6.16, w punkcie dotyczącym modułu do wykonywania zdjęć sygnalitycznych (pkt 1.6 Moduł do wykonywania zdjęć sygnalitycznych), Zamawiający wskazał: "Dodatkowo urządzenie musi być wyposażone w zewnętrzną kamerę/aparat cyfrowy wraz ze statywem (zapewniającym wykonanie zdjęć sylwetki stojącej aparatem umieszczonym na poziomie klatki piersiowej osoby fotografowanej), do wykonywania zdjęć sylwetki stojącej oraz cech szczególnych. Tło dla zdjęć sylwetki lub cech szczególnych powinno być jasne barwy neutralnej (białe, szare). Zapewnienie odpowiedniego tła nie wchodzi w skład przedmiotu zamówienia. Wykonane zdjęcia muszą być zapisane w formacie RAW na dysku twardym komputera." Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Protestującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp z dnia 10 czerwca 2009 r. wskazał, że wykonawca w swojej ofercie nie zaoferował wymaganych przez Zamawiającego statywów ani nie potwierdził w żadnej części swojej oferty, iż takie statywy oferuje wraz z urządzeniem. Podniósł, iż literalny brak odniesienia w punkcie 1.6.16 Oferowanego przedmiotu zamówienia do statywu powinien być poprawiony przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp. Zgodnie z art. 87 ust 2 pkt 3 "Zamawiający poprawia w ofercie (...) inne omyłki (nie oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty -niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona". Zamawiający naruszył art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp poprzez jego niezastosowanie do treści oferty Protestującego. Wskazał, iż twierdzenie Zamawiającego, że nie potwierdził w żadnej części swojej oferty, że wraz z urządzeniem oferuje statywy nie jest prawdziwe, ponieważ w swojej ofercie Protestujący w następujących zapisach umieszczonych w "Formularzu Ofertowym": Pkt. 4.

Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ za cenę:....."

oraz „9. Oświadczamy, że: a) zapoznaliśmy się z treścią SIWZ i nie wnosimy do niej zastrzeżeń,"

potwierdził dostarczenie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ, a więc i wymaganych przez Zamawiającego statywów, które są immanentną częścią przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ. Jednocześnie Protestujący potwierdza, że zapoznał się z treścią SIWZ i nie wnosi do niej zastrzeżeń, a więc w swojej ofercie zaoferował również przedmiotowe statywy.

Kolejno Protestujący podnosił, iż w swojej ofercie - Opisie oferowanego przedmiotu zamówienia zaoferował w pkt 1.6.16. aparat cyfrowy NICON 060 z obiektywem 18-55mm przedstawiając pełen opis danych technicznych. Protestujący oferuje przedmiot zamówienia, który w pełnym zakresie odpowiada wymaganiom Zamawiającego przedstawionym w siwz, zał. 1-szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Opis danych technicznych oferowanego aparatu NICON 060 z obiektywem 18-55mm w pełni wskazuje na spełnianie przez Protestującego warunku Zamawiającego postawionego w opisie przedmiotu zamówienia w pkt 1.6.16. Statyw wymagany przez Zamawiającego, (zapewniający wykonanie zdjęć sylwetki stojącej aparatem umieszczonym na poziomie klatki piersiowej osoby fotografowanej), jest dodatkowym elementem, który Protestujący oferuje Zamawiającemu, lecz przez nieuwagę i rutynę służb wypełniających treść oferty nie umieścił go wprost w opisie oferowanego przedmiotu zamówienia. Warto wskazać, iż Zamawiający w dwu poprzednich, zakończonych unieważnieniem postępowaniach na tożsamy przedmiot zamówienia, (w tym ostatnim postępowaniu na: Zakup i instalację urządzeń do elektronicznego daktyloskopowania oraz ich integrację z modernizowanymi klasycznymi stanowiskami do fotografii sygnalitycznej), w siwz - opisie przedmiotu zamówienia nie wymagał w ramach Modułu do wykonywania zdjęć sygnalitycznych zaoferowania statywu. Stąd, w wyniku nieuważnego zasugerowania się treścią opisu przedmiotu zamówienia w poprzednich postępowaniach, powstała pomyłka w ofercie Protestującego w niniejszym postępowaniu. Ponadto faktem świadczącym o tym, iż Protestujący zamierzał zaoferować aparat cyfrowy wraz ze statywem, a jedynie przez omyłkę nie zamieścił informacji o tym w swojej ofercie, jest oferta cenowa podwykonawcy Protestującego - "FOTOSYSTEM" z dnia 18 maja 2009 r., podpisana przez Jana Tulikowskiego, złożona Protestującemu na potrzeby wykonania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. W ofercie cenowej podwykonawca zaoferował aparat fotograficzny NIKON 060 ze statywem w cenie 2.000,00 zł netto.

Protestujący przekazał podwykonawcy -w oczekiwaniu na ofertę cenową -wymagania Zamawiającego zawarte w specyfikacji odnośnie modułu do wykonywania zdjęć sygnalitycznych, skutkiem czego ten wycenił aparat cyfrowy wraz ze statywem. Przekazanie podwykonawcy wymagań Zamawiającego odnośnie modułu do wykonywania zdjęć sygnalitycznych jest dowodem na to, że Protestujący zamierzał i zamierza w złożonej przez siebie ofercie spełnić w całym zakresie wymagania Zamawiającego, w tym w zakresie dostarczenia wymaganego statywu. Protestujący zaakceptował ofertę podwykonawcy, uznając że jest korzystna i zgodna w pełni z wymaganiami Zamawiającego. Protestujący jednak mimo to nie ustrzegł się błędu w złożonej ofercie. Poprawienie przez Zamawiającego omyłki w ofercie Protestującego, polegającej na nieumieszczeniu w niej statywu, nie spowodowałoby istotnej zmiany w treści oferty Protestującego. Statyw jest bowiem stosunkowo niewielkim -w stosunku do zakresu zamówienia oraz niezależnym technicznie - w stosunku do pozostałych części oferowanego przedmiotu zamówienia, elementem żądanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia. Zmiana w treści oferty Protestującego polegająca na umieszczeniu w niej statywu jako elementu oferowanego przedmiotu zamówienia byłaby drobna, nieduża i nieistotna w stosunku do zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia. Omyłka Protestującego polegająca na zapomnieniu o umieszczeniu w ofercie statywu jest nieznacząca zarówno kwotowo jak i rzeczowo i nie powoduje istotnych zmian w jej treści.

Wobec zgodności oferowanego przez Protestującego przedmiotu zamówienia z siwz, niezasadnym było niepoprawienie omyłki w treści Protestującego. Drobne i tylko jedno uchybienie w ofercie wykonawcy nie powinno bowiem decydować o odrzuceniu całej oferty jako nieodpowiadającej wymaganiom Zamawiającego. Byłby to nadmierny formalizm, któremu zapobiegł ustawodawca wprowadzając ostatnią ustawą nowelizującą ustawę pzp art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp. Nie było bowiem korzystne dla Zamawiającego ani sprawiedliwe dla wykonawcy w poprzednim stanie prawnym odrzucanie oferty wykonawcy jako sprzecznej z siwz, podczas gdy uchybienie było bardzo niewielkie i nieznaczące, a w pozostałym zakresie oferta była sporządzona prawidłowo, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Protestujący wskazuje przy tym, iż imperatywne sformułowanie art. 87 ust 2 ("zamawiający poprawia") zobowiązuje zamawiającego do dokonania poprawy takich omyłek, ustanawiając obowiązek, a nie prawo zamawiającego.

Ratio legis zdaniem ustawodawcy wprowadzenia zmian odnośnie poprawiania omyłek w treści oferty wykonawcy było następujące: "W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych,

pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz Innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją Istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. (...) Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami."(uzasadnienie projektu rządowego ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, str. 10)" Celem ustawodawcy było zatem było takie sformułowanie przepisu art. 87, by łatwiej można było poprawiać proste omyłki, by ratować w ten sposób korzystne oferty, które w poprzednim stanie prawnym odrzucane były z błahych powodów.

Powyższy tok wywodu znajduje uzasadnienie w orzecznictwie arbitrażowym.

II. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy EAS art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy pzp.

Wykonawca EAS winien zostać przez Zamawiającego wykluczony na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy pzp. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający w rozdz. V zażądał, by Wykonawcy przystępując do postępowania wnieśli wadium w wysokości 200.000,00 zł (słownie: dwieście tysięcy złotych).

Zgodnie z art. 46 ust 4a i 5, z treści gwarancji powinno wynikać bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (pzp).

Zgodnie z art. 46 ust 4a zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Zgodnie natomiast z ust 5 art. 46 Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;

- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Z treści złożonej przez wykonawcę EAS gwarancji wynika, iż bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium dotyczy jedynie okoliczności wskazanych w art. 46 ust 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Gwarancja z dnia 15 maja 2009 r. udzielona przez gwaranta - Bank für Tirol Und Vorarlberg nie obejmuje natomiast zobowiązania gwaranta do wypłaty kwoty wadium w razie zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 46 ust 4a. Dokument gwarancji nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust 1 pkt 1 i 2 (potwierdzającym warunki podmiotowe udziału w postępowaniu albo potwierdzającym przez oferowane dostawy warunków stawianych przez Zamawiającego) i jako taki nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust 3 ustawy pzp.

Wykluczeniu podlega wykonawca, którego oferta nie jest zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą. Nie wniesienie wadium w odpowiednim terminie, tj. przed upływem terminu na składanie ofert (art. 45 ust. 3), jak też zabezpieczenie na okres krótszy niż wymagany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia okres związania ofertą powoduje powstanie obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przesłanka wykluczenia wystąpi również w sytuacji niewniesienia przez wykonawcę wadium na przedłużony okres związania ofertą, a więc wtedy, gdy zamawiający działając na podstawie art. 85 ust. 2 lub art. 181 ust. 2a wystąpi o przedłużenie wadium lub wniesienie nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, a wykonawca wadium takiego nie przedłuży lub nie wniesie.

Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na mocy art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy pzp, zgodnie z którym "z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą."

Powyższy tok wywodu znajduje uzasadnienie w orzecznictwie arbitrażowym.

III. Zaproszenie wykonawcy GILDIA Sp. z o.o. do testów technicznych, mimo że jego oferta podlega odrzuceniu

Oferta wykonawcy GILDIA Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako sprzeczna wymogami zawartymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W siwz -zał. nr 1 - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w pkt 2.1.1 –wymagania dodatkowe - Przewidywane przez zamawiającego testy oferowanego sprzętu i oprogramowania, Zamawiający wskazał: Komisja przetargowa, po dokonaniu oceny ofert zaprosi wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu do przedstawienia oferowanego sprzętu do testów potwierdzających przystosowanie oferowanego sprzętu i/lub rozwiązań programowych do współpracy z istniejącą infrastrukturą informatyczną oraz spełnianie wymagań jakościowych gromadzonych i przesyłanych danych." Oferta wykonawcy GILDIA Sp. z o.o. podlega i podlegała odrzuceniu nie tylko z powodu sprzeczności otrzymanych wyników testów z oczekiwanymi przez Zamawiającego w siwz jak wskazuje Zamawiający w piśmie z dnia 10 czerwca 2009 r.), ale także z powodu sprzeczności oferowanego przedmiotu zamówienia z siwz. Wskazać zatem należy, iż jak podaje Zamawiający w pkt 2.1.1 zał. nr 1 siwz, nie mógł być on zaproszony do testów technicznych. Odrzucenie wykonawcy GILDIA Sp. z o.o. z niniejszego postępowania jako zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych jest zasadne i konieczne. Jednocześnie ilość rodzaj i skala niezgodności oferty GILDIA Sp. z o.o. z SIWZ nie pozwala na dokonanie poprawienia omyłek przez Zamawiającego.

IV. Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

Zamawiający w sposób bezprawny dokonał czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy pzp, wskazując, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Stan faktyczny, który miałby według Zamawiającego uzasadniać unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 został przez niego przedstawiony w zawiadomieniu o unieważnieniu z dnia 10 czerwca 2009 r.

Zgodnie z art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy pzp: "zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3".

Art. 93 ust 1 przedstawia enumeratywny katalog przesłanek, zaistnienie których uprawnia Zamawiającego do unieważnienia postępowania. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wcześniej zespołów arbitrów) podkreśla się, że unieważnienie postępowania jest sytuacją wyjątkową i ostateczną i dlatego może mieć miejsce wyłącznie w razie zaistnienia przyczyn ustawowych. Nie można zatem unieważnić postępowania bez przyczyn ustawowych (np. wyrok ZAUZP z 2007.02.27, UZP/ZO/0-174/07; wyrok ZAUZP z 2003.01.16, UZP/ZO/0-29/03; wyrok ZAUZP z 2000.12.13, UZP/ZO/0-1448/00).

Na Zamawiającym ciąży obowiązek wykazania zachodzenia przesłanek unieważnienia, w tym przesłanek z art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy pzp. Wynika to wprost z brzmienia art. 93 ust 3 *in fine* nakazującego Zamawiającemu wskazanie okoliczności faktycznych unieważnienia.

W świetle powyższych uwag uznał, że czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 została dokonana przez Zamawiającego bezprawnie. Nie zaistniała bowiem w postępowaniu sytuacja, w której oferty wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu podlegały odrzuceniu.

Oferta wykonawcy GILDIA Sp. z o. o, jak i oferta wykonawcy EAS podlegają odrzuceniu z niniejszego postępowania na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp jako sprzeczne z siwz. Podnieść należy natomiast, że zgodnie z wywodem pkt I protestu - oferta Protestującego nie ulegała odrzuceniu jako sprzeczna z siwz, gdyż uchybienie w ofercie Protestującego polegające na niezaoferowaniu w pkt 1.6.16 Oferowanego przedmiotu zamówienia statywu, zgodnie z zał. 1 do siwz - OPZ, pkt 1.6.16 powinno zostać poprawione jako omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust 2 pkt 2 ustawy pzp.

Dnia 19 czerwca 2009 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 22 czerwca 2009 roku wykonawca Gildia sp. z o.o. przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 25 czerwca Zamawiający protest oddalił.

W uzasadnieniu, odnosząc się do zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Protestującego, Zamawiający uznał je za bezzasadne i podtrzymał swoje stanowisko przedstawione w piśmie z dnia 10 czerwca 2009 r.

Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ w punkcie 1.6.16 wymagał aby oferowane urządzenie było wyposażone w zewnętrzną kamerę/aparat cyfrowy wraz ze statywem. Protestujący w swojej ofercie nie zaferował wymaganych przez Zamawiającego statywów ani nie potwierdził w żadnej części oferty, że takie statywy oferuje wraz z urządzeniem. W ocenie Zamawiającego błąd w ofercie Protestującego nie kwalifikował się do poprawienia na podstawie art 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który mówi, że Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegający na niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujący istotnych zmian w treści oferty. Protestujący sam przyznał, że statyw jest

dodatkowym elementem do oferowanego aparatu cyfrowego, którego przez "nieuwagę i rutynę nie umieścił w opisie przedmiotu zamówienia". Celem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jest poprawianie drobnych omyłek, nie zaś naprawianie błędów będących wynikiem braku należytej staranności. do której Wykonawcy są zobowiązani. Przedstawione stanowiska Zamawiającego znajduje potwierdzenie w wyroku KIO/UZP 157/09. Ponadto, Zamawiający informuje, iż dokument na który powołuje się Protestujący tj. oferta cenowa podwykonawcy Protestującego - firmy Fotosystem, nie stanowi żadnego dowodu w sprawie, bowiem nie była ona treścią oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzut podniesiony w punkcie III uzasadnienia protestu w ocenie Zamawiającego jest również bezpodstawny. Zgodnie z zapisami SIWZ Zamawiający miał obowiązek zaprosić do testów wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Komisja przetargowa przeprowadziła badanie ofert, w wyniku którego stwierdziła, że tylko jedna oferta jest zgodna z zapisami SIWZ, tj. oferta firmy Gildia Sp. z o.o., która następnie została zaproszona do przedstawienia oferowanego urządzenia do testów potwierdzających przystosowanie oferowanego sprzętu i/lub rozwiązań do współpracy z istniejącą infrastrukturą informatyczną oraz spełnianie wymagań jakościowych gromadzonych i przesyłanych danych. Należy wskazać, iż Protestujący w treści protestu nie wskazał, innych sprzeczności występujących w treści oferty firmy Gildia, które dyskwalifikowałyby ofertę przed zaproszeniem do testów technicznych. Odnosząc się natomiast do zarzutów, dotyczących treści oferty firmy Gildia, które Protestujący podnosi dopiero w przystąpieniu do protestu złożonego przez firmę Gildia, Zamawiający informuje, że nie były one rozpatrywane na tym etapie postępowania, ponieważ oferta firmy Gildia została już odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp, i Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko w całości.

Ponadto Zamawiający poinformował, że fakt złożenia w postępowaniu EAS gwarancji, która nie odnosiła się w swojej treści do art. 46 ust. 4a pzp, nie ma żadnego wpływu na przebieg postępowania, Przedmiotowy artykuł odnosi się bowiem do zatrzymania wadium, jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp. W związku z faktem, iż oferta Wykonawcy kwalifikowała się do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i nie podlegała uzupełnieniu, Zamawiający uznał iż zapisy art. 46 ust 4a nie będą miały zastosowania.

W związku z faktem, iż wszystkie oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu zostały odrzucone Zamawiający miał obowiązek unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, bezpodstawnym jest więc zarzut Protestującego. iż Zamawiający w sposób bezprawny dokonał unieważnienia postępowania.

W związku z powyższym Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko przedstawione w piśmie Fa 1011/09 z dnia 10.06.2009r., w sprawie unieważnienia postępowania.

Ze stanowiskiem Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 6 lipca 2009 roku wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie podtrzymując zarzuty jak i argumentację jak w proteście wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- nakazanie poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
- nakazanie zaproszenia Odwołującego do testów technicznych i powtórzenia czynności przeprowadzenia tych testów z udziałem Odwołującego,
- nakazanie unieważnienia czynności zaproszenia wykonawcy GILDIA sp. z o.o. do testów technicznych.

Dnia 9 lipca 2009 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Dnia 17 lipca 2009 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Gildia sp. z o.o.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treścią ofert, postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, uwzględniają wnioski dowodowe zgłoszone przez strony na rozprawie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Sygn. akt KIO/UZP 907/09

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uznała ten zarzut za potwierdzony.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający zgodnie z treścią tego przepisu mógł poprawić omyłkę w ofercie Odwołującego, polegającą na nieumieszczeniu w niej statywu. O powyższym przeświadcza fakt nieistotności takiej poprawy, zarówno w zakresie przedmiotu oferty, jak i ceny oferty, tj. w zakresie rzeczowym jak i kwotowym.

W zakresie rzeczowym oferty wskazać należy, iż Odwołujący na stronie 63 oferty odnosząc się do wymogu 1.6.16 nie dookreślił czy oferuje dodatkowy aparat wraz ze statywem. Tym samym zdaniem Zamawiającego złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści s.i.w.z. W tym miejscu Izba zwraca uwagę na fakt, iż strony zgodnie potwierdził, że w poprzednio prowadzonych dwóch postępowaniach wymogu dostawy statywu nie było. Powyższa okoliczność powinna być przez Zamawiającego wzięta pod uwagę z urzędu, gdyż czysto hipotetycznie zachodziła możliwość przeoczenia przez Odwołującego (uczestnika dwóch poprzednich postępowań) zaistniałej zmiany. Zamawiający, zdaniem Izby stwierdzając powyższe uchybienie, czy też błąd winien powyższą rozbieżność wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dopiero w wyniku udzielenia wyjaśnień miałby podstawy do podjęcia określonych czynności, z tych wyjaśnień wynikających. Ponadto Zamawiający, korzystając z przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie byłby narażony na zarzut ewentualnego zaniechania wyjaśnienia treści złożonej oferty.

Zdaniem Izby zachodzą uzasadnione okoliczności jak i stan prawny pozwalające Zamawiającemu na skorzystanie, w pierwszej kolejności z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się zaś do zakresu kwotowego oferty, to zdaniem Izby, przy założeniu, iż cena oferty została scharakteryzowana przez Zamawiającego jako cena ryczałtowa – upoważnia do dokonania poprawki w ofercie Odwołującego – przez dopisanie słów „wraz ze statywem” gdyż w konsekwencji dokonania tej poprawki cena oferty nie ulegnie zmianie, zobowiązanie wynikające z oświadczeń złożonych w ofercie przez Odwołującego w dalszym stopniu są wiążące, a Odwołujący nadal posiada „oreź” w postaci zgłoszenia sprzeciwu do poprawki

dokonanej przez Zamawiającego w trybie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższe rozstrzygnięcie ustalone zostało w oparciu o cel wprowadzenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 do ustawy Prawo zamówień publicznych, który miał za zadanie usprawnić procedury udzielenia zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Zatem celem ustawodawcy było takie sformułowanie przepisu art. 87 ustawy Pzp aby łatwiej można było poprawiać proste omyłki, aby ratować w ten sposób korzystne oferty, czy też całe postępowanie. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie prowadziłby negocjacji, co do treści oferty, nie uzgadniałby jej treści, jedynie wyjaśniłby jej nieścisłości i dokonał poprawki wg. własnego stanu wiedzy.

Konkludując, zdaniem Izby Zamawiający winien, mając na uwadze wcześniej prowadzone postępowania samodzielnie dokonać poprawy w ofercie spornego zakresu dopisując „wraz ze statywem” informując jednocześnie o powyższej poprawie Odwołującego. Powyższe czynności mogły być poprzedzone procedurą z przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie dokonanie ww. czynności stanowi naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp co Izba uznała za udowodnione.

Tym samym w konsekwencji potwierdzenia się zarzutu dotyczącego naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba uznała za zasadne zarzuty naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie do oferty wykonawcy Gildia sp. z o.o. i zaproszenia go do testów technicznych, podczas gdy oferta Gildia sp. z o.o. ulegała odrzuceniu jako sprzeczna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia na etapie przed zaproszeniem do testów, gdyż zgodnie z przepisem art. 191 ust. 3 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Odwołujący na etapie składania protestu odniósł się bardzo lakonicznie do oferty Gildia sp. z o.o. (w powyższym zakresie) stwierdzając jedynie, iż *Oferta Gildia sp. z o.o. podlega i podlegała odrzuceniu nie tylko z powodu sprzeczności otrzymanych wyników testów [...] ale także z powodu sprzeczności oferowanego przedmiotu zamówienia z s.i.w.z.* Powyższe stwierdzenie/zarzut, rozwinięte dopiero na etapie odwołania uniemożliwia Izbie zajęcie stanowisko w tej sprawie,

tym bardziej, że zgodnie z przepisem art. 184 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu. Tym samym Izba na rozprawie rozpoznaje prawidłowość czynności dokonanej przez Zamawiającego – rozstrzygnięcia protestu. Skoro Odwołujący w proteście nie wskazał konkretnych zarzutów, Zamawiający nie mógł się do nich odnieść w rozstrzygnięciu protestu, to tym bardziej Izba nie jest w tym zakresie upoważniona do dokonania rozstrzygnięcia.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury VAT złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 zmianami).

Sygn. akt KIO/UZP 915/09

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż przedmiotem sporu mającym decydujące znaczenie w rozstrzygnięciu jest konieczność zinterpretowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie kryteriów oceny ofert. Dlatego też Izba podjęła się głębszej analizy postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie w odniesieniu do treści protokołu prezentacji jak i informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 10 czerwca 2009 roku.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział XIV pkt I) podał kryteria oceny ofert, wg. których będzie dokonywał merytorycznej oceny ofert w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej – zgodnie z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Kryteriami tymi są:

- 1) cena – ranga 50%,
- 2) okres gwarancji – ranga 10%,
- 3) wymagania techniczne i jakościowe – ranga 40%.

Ponadto Zamawiający wskazał (rozdział XIV pkt I ppkt 3), iż *ocena wymagań technicznych i jakościowych odbywała się będzie w trakcie testów technicznych oferowanego sprzętu, określonych w przedmiocie zamówienia, zgodnie z zasadami określonymi szczegółowo w tym ppkt. Jednym z elementów, z których będzie składał się test miało być przesłanie pakietu z obrazami zdjęć spełniającymi wymagania pkt 1.11.5 Załącznika Nr 1 do s.i.w.z. w jednym pliku ANSI/NIST razem z obrazami daktyloskopijnymi w ramach przygotowanego stanowiska [...] gdzie pakiety będą rozpakowywane i oceniane pod względem jakości [...].*

Wymogiem pkt 1.11.5 załącznika Nr 1 do s.i.w.z. była *możliwość tworzenia zdjęć do edycji w pakietach w formacie jpg o rozdzielczości 150 dpi o wysokości zdjęcia na poziomie 10 cm (591 pikseli), ora automatyczne dobranie proporcjonalnej szerokości, która nie powinna przekroczyć 9 cm (531 pikseli).*

Ponadto Zamawiający wskazywał, iż Rada Unii Europejskiej Decyzjami Nr 2008/615/WSiSW z dnia 23 czerwca 2008 roku oraz Nr 2008/616/WSiSW z tego samego dnia zobowiązała Państwa członkowskie UE do wdrożenia wymiany danych daktyloskopijnych w drodze on-line do połowy 2011 roku. W rozdziale 2 załącznika do Decyzji Rady 2008/616/WSiSW jest zdefiniowany standard formatu wymiany informacji daktyloskopijnych między posiadanymi przez państwa członkowskie systemami automatycznej identyfikacji daktyloskopijnej (AFIS). Format ten oparty jest na wdrożonej przez Interpol normie ANSI/NIST-ITL 1-2000, wersja 4.22b.

Zgodnie z pkt 1.12.1 załącznika Nr 1 do s.i.w.z. *Aplikacja musi zapewniać możliwość przeglądania wszelkich pakietów z danymi, zgodnie ze standardem ANSI/NIST-ITL 1-2000, wersja 4.22b z dnia 28 października 2005 roku x kompresja danych graficznych narzędziem WSQ x10 i/lub x15.*

Punkt 2.1.3 Załącznika Nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia precyzuje, iż *elementy oferowanego sprzętu dostarczonego na czas testu muszą zapewnić, m.in. utworzenie pakietu danych w standardzie ANSI/NIST (zawierającego dane demograficzne, daktyloskopijne oraz zdjęcia sygnalityczne, zgodnie z opisem w pkt 1.11.5) i przesłanie go na*

stanowisko odbiorcze, gdzie dane te zostaną odebrane i wydrukowane. Następnie karty daktyloskopijne zgodne z wzorem określonym w pkt 1.12.3.1 będą wprowadzone do zbiorów AFIS w standardowej procedurze skanowania karty [...]. Zamawiający wskazał również, że co najmniej dwa zestawy kart osoby (daktyloskopijna i albumowa) muszą być opatrzone wszystkimi danymi alfanumerycznymi (mogą to być dane fikcyjne), wymaganymi wzorami ww. kart oraz ogólna specyfika formatu ANSI/NIST.

Pkt 2.1.4 załącznika nr 1 do s.i.w.z. wskazywał jakie elementy będą podlegać ocenie, precyzując w pkt 2.1.4.2, iż *ocenie podlegała będzie również zgodność struktury wygenerowanych i przesłanych plików z ogólnym standardem ANSI/NIST.*

Wymagany przez Zamawiającego standard ANSI/NIST-ITL 1-2000, wersja 4.22b z dnia 28 października 2005 roku (zwany w dalszej części standardem ANSI/NIST) określa w tabeli 4.2 Kody pozycji palców i maksymalny ich rozmiar. W zakresie *kodu palca 13 – Płaski odcisk prawych czterech palców ww. standard określa maksymalny rozmiar na szerokość 70 mm, długość 65 mm.* Analogiczne wymogi postawione zostały dla *kodu palca 14 – Płaski odcisk lewych czterech palców.*

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie miał prawa odrzucić jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na treść pkt 2.1.1 Załącznika Nr 1 do s.i.w.z. W treści tego punktu Zamawiający stwierdził, iż *Komisja Przetargowa, po dokonaniu oceny ofert zaprosi wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu do przedstawienia oferowanego sprzętu do testów potwierdzających przystosowanie oferowanego sprzętu i/lub rozwiązań programowych do współpracy z istniejącą infrastrukturą informatyczną oraz spełnianie wymagań jakościowych gromadzonych i przesyłanych danych.* Tym samym, zdaniem Odwołującego skoro Zamawiający zaprosił go do etapu przeprowadzenia testów, to miał prawo jedynie niżej ocenić jego ofertę, bez prawa do uznania jej sprzeczności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem składu orzekającego Izby stanowisko Odwołującego nie może zostać uznane za prawidłowe.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Właściwe rozumienie tego przepisu pozwala na stwierdzenie, iż niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. oznacza, że wykonawca, a konkretnie jego oferta złożona w postępowaniu nie spełnia wymogów Zamawiającego w zakresie treści zawartej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem Izby, Zamawiający na każdym etapie badania oferty, bez względu czy jest to ocena składanych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów (w zakresie przedmiotu zamówienia – ocena przedmiotowa), czy też jest to ocena oferowanego rozwiązania na etapie przeprowadzania testów – ma możliwość i wręcz obowiązek, w przypadku powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących możliwość zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp do odrzucenia oferty wykonawcy, który takiemu przepisowi podlega.

Na uwagę zasługuje fakt, iż w trakcie prowadzonych testów, w których badaniu podlegało 30 „próbek”, przynajmniej dwie z nich musiały zawierać komplet informacji, a ponadto wszystkie 30 „próbek” podlegało ocenie w zakresie jakości.

Odwołujący w dniu prowadzenia testów został poproszony przez Zamawiającego o przekazanie mu dwóch plików zawierających pełne dane. Odwołujący pliki te przekazał Zamawiającemu ok. godziny 11.00. W trakcie oceny tych dwóch plików został sporządzony protokół pod kątem spełniania wymogów zgodnie z s.i.w.z. W tabeli oceny spełniania parametrów w dziale poświęconym wymaganiom dotyczącym testu daktyloskopijnego, wiersz 9 – Ocena zgodności struktury wygenerowanego pliku ANSI/NIST z ogólną specyfikacją standardu ANSI/NIST-ITL 1-2000, wersja 4.22b, w kolumnie Spełnia/nie spełnia widnieje adnotacja NIE SPEŁNIA, a uwaga do tego parametru brzmi następująco: Dla odbitek kontrolnych 4 palców lewej i prawej dłoni niezgodność ze specyfikacją w zakresie rekordu 4.006, 4.007. Protokół z prezentacji podpisały ze strony Zamawiającego – 5 osób, ze strony Odwołującego – 1 osoba.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, iż niesposób wywodzić, tak jak Odwołujący, iż parametr ten mimo jego niespełnienia winien zostać oceniony przez Zamawiającego. Zamawiający jasno i precyzyjnie określił przedmiot zamówienia. Szczególną uwagę (w wielu miejscach specyfikacji istotnych warunków zamówienia) zwracał na zgodność wygenerowanych w trakcie testów plików na zgodność ze standardem ANSI/NIST. Jest to wymóg pozwalający na koordynację działań policji w różnych krajach Unii Europejskiej. Dane wygenerowane przez Polską Policję muszą umożliwiać ich wykorzystanie m.in. przez Interpol.

Dziwi zatem stanowisko Odwołującego, wskazujące na możliwość pracy z systemem, który nie jest w stanie generować plików w standardzie ANSI/NIST, co przy głównym założeniu,

jakie wyznaczało sposób opracowywania opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, tj. międzynarodowej współpracy organów ścigania, pozwala na stawianie takiej tezy. Cel, zdaniem Izby był jasny – możliwość generowania plików w standardzie ANSI/NIST. Brak spełnienia tego wymogu stanowi o braku możliwości jego spełnienia, a tym samym o sprzeczności treści oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Faktem jest, że Zamawiający oceniał oferowane rozwiązania pod względem oceny technicznej (wymagania techniczne i jakościowe), jednakże ocena ta sprowadzała się jedynie do oceny w zakresie jakości w systemie AFIS oraz innych parametrów. I w tym zakresie oferta Odwołującego mogłaby być oceniana, jednakże dopiero w przypadku gdyby nie podlegała odrzuceniu w zakresie niezgodności z treścią s.i.w.z.

Odnosząc się zaś do zarzutów odwołującego jakoby nie dysponował uzasadnieniem faktycznych odrzucenia jego oferty, Izba stwierdziła, iż zarówno w Protokole z prezentacji oferowanego sprzętu jak i w Informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający opisał w sposób wyczerpujący przesłanki merytoryczne (uzasadnienie faktyczne), które stanowiły o podjęciu decyzji skutkującej odrzuceniem oferty Odwołującego.

Odnosząc się zaś do zarzutu bezpodstawnego unieważnienia postępowania, Izba uznała, iż Zamawiający nie dysponujący, po ocenie formalno-prawnej jak i merytorycznej złożonych ofert żadną ważną ofertą zmuszony był przedmiotowe postępowanie unieważnić, co zresztą uczynił wypełniając prawidłowo przesłankę art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia żadnego z przepisów, które Odwołujący powołuje w odwołaniu, gdyż Zamawiający prawidłowo ofertę Odwołującego odrzucił, uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty zawierało się w pismach, o których mowa powyżej oraz unieważnienie postępowania nastąpiło wskutek przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego, a wskutek obiektywnej przesłanki – braku ważnych ofert.

Tym samym Odwołanie Wykonawcy Gildia sp. z o.o. nie zasługuje na uwzględnienie.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego

pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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*