

Sygn. akt: KIO/UZP/1404/07

WYROK/POSTANOWIENIE*
z dnia 17 grudnia 2007 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**

Członkowie: **Marek Koleśnikow**
Emil Kuriata

Protokolant: **Urszula Krynicka**

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach* 12.12.2007r w Warszawie odwołania wniesionego przez **Young Digital Planet S.A. ul. Słowackiego 175, 80-298 Gdańsk** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Edukacji Narodowej Aleja Szucha 25, 00-918 Warszawa** protestu / protestów* z dnia 2.11.2007r.

przy udziale **Edukacja Polska S.A. ul. Słoneczna 2, 00-270 Marki** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność odrzucenia oferty i nakazuje dokonanie powtórnej oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Edukacji Narodowej, Aleja Szucha 25, 00-918 Warszawa.**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **3.156 zł** (słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych)
z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Young Digital Planet S.A. ul. Słowackiego 175, 80-298 Gdańsk**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3.156 zł** (słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych) przez **Ministerstwo Edukacji Narodowej, Aleja Szucha 25, 00-918 Warszawa** na rzecz **Young Digital Planet S.A. ul. Słowackiego 175, 80-298 Gdańsk**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wniesienia wpisu.

- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie:xxx.) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

- 4) dokonać zwrotu kwoty **16.844 zł** (słownie: szesnaście tysięcy osiemset czterdzieści cztery złote)
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Young Digital Planet S.A. ul. Słowackiego 175, 80-298 Gdańsk.**

Uzasadnienie

Zamawiający Ministerstwo Edukacji Narodowej al. J.Ch.Szucha 25, Warszawa - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa i instalacja sprzętu do stymulacji polisensorycznej do 500 placówek specjalnych, integracyjnych i z oddziałami integracyjnymi w całej Polsce o wartości zamówienia przekraczającej 137.000 euro”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 20 kwietnia 2007 roku pod numerem 2007/S 77-094247.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty .Na wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez Edukacji Polskiej S.A. (dalej EP S.A.) dokonany przez Zamawiającego, w dniu 20 lipca b.r. został złożony protest przez Young Digital Studio SA.

Protestujący podniósł zarzuty:

- 1) zaniechania przeprowadzenia wyjaśniającego w celu wyjaśnienia sposobu kalkulacji cen zawartych w ofercie EP S.A. tj. naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 roku, Nr 164, poz. 1163 ze zm., dalej: PZP);*
- 2) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez EP S.A. zawierającą rażąco niską cenę, sprzeczną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, to jest naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2-4 PZP,*
- 3) zaniechaniu wykluczenia EP S.A. z postępowania oraz uznania jej oferty za odrzuconą – tj. naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 PZP;*
- 4) wybór oferty podlegającej odrzuceniu – tj. naruszeniu art. 7 ust. 1 PZP.*

W oparciu o ww. zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez EP S.A.;*
- 2) powtórzenie przez zamawiającego procedury badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w szczególności uznanie, iż oferowana przez protestującego wieża LG jest zgodna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a oferta odwołującego ważna i nie podlegająca odrzuceniu;*
- 3) odrzucenie oferty złożonej przez EP S.A.;*
- 4) wykluczenie EP S.A. z postępowania oraz uznania oferty złożonej przez EP S.A. za odrzuconą;*
- 5) dokonanie wyboru spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, ewentualnie o unieważnienie postępowania.*

W dniu 30 lipca Zamawiający rozstrzygnął protest w ten sposób, że:

- 1) uznał go w części dotyczącej unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz żądania dokonania ponownego badania i oceny ofert;*

2) w pozostałej części oddalił protest uznając podniesione w nim zarzuty za przedwczesne.

Decyzję Zamawiającego utrzymał w mocy w wyroku z dnia 20 sierpnia 2007 roku (sygn. akt UZP/ZO/0–1021/07) Zespół Arbitrów rozpatrując odwołanie w związku z rozstrzygnięciem protestu przez Zamawiającego.

Po dokonaniu ponownego badania i oceny ofert Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 24 października 2007 roku – oferty złożonej przez EP S.A., informując jednocześnie odwołującego o odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Na powyższe w dniu 2 listopada b.r. Young Digital Studio SA. – dalej: Odwołujący wniósł protest podnosząc zarzuty opisane wyżej analogicznie jak w proteście z dnia 20 lipca b.r. oraz dodatkowo domagając się unieważnienia czynności odrzucenia złożonej przez Niego oferty.

Wobec rozstrzygnięcia Zamawiającego polegającego na oddaleniu protestu w całości . zostało wniesione odwołanie. W odwołaniu podtrzymane zostały zarzuty zawarte w proteście oraz dodatkowo zgłoszony wniosek o powołanie biegłego.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania, złożonych ofert oraz przesłuchania stron postępowania odwoławczego.

W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego Krajowa Izba Odwoławcza zważyła i ustaliła, co następuje:

Odwołanie należy uwzględnić.

Art. 183 ust. 5 pkt 2 PZP stanowi, że w przypadku uwzględnienia protestu Zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, jeśli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione.

Jest rzeczą bezsporną, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu uznał powagę i doniosłość zarzutów. „Uwzględnienie protestu oznacza uznanie przez Zamawiającego merytorycznej zasadności zarówno zarzutów, jak i żądania. Skutkiem prawnym uwzględnienia protestu jest powtórzenie czynności oprotestowanej czynności lub dokonanie czynności bezprawnie zaniechanej” (Prawo Zamówień Publicznych – Komentarz” pod red. T. Czajkowskiego, wyd. 2, Warszawa 2006).

Uwzględniając protest w zakresie żądania unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez EP SA oraz powtórzenia procedury zbadania i oceny ofert złożonych w postępowaniu Zamawiający winien przy ich ponownej ocenie dokonać zaniechanej procedury określonej w art. 90 ust. 1 PZP objętej zarzutem sformułowanym w proteście.

Art. 188 ust. 1 PZP stanowi, że strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Ciężar dowodu w zakresie zaoferowania rażąco niskiej ceny przez EP S.A. spoczywa na Odwołującym.

Przedstawione przez Odwołującego arytmetyczne odniesienie do wartości przedmiotu zamówienia, porównanie części pozycji ujętych w ofercie oraz odniesienie do katalogowych cen producenta, nie potwierdza stawianego przez Niego zarzutu. Zgodnie z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP odrzuceniu podlega oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie KIO podstawowe znaczenie mają w tym aspekcie wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 PZP, które Zamawiający powinien ocenić zgodnie z art.90 ust.2 PZP.

Zamawiający w Rozdziale 2 pkt 2c specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał, aby „oferowany sprzęt posiadał oznaczenie CE a Wykonawca dołączył do oferty deklarację zgodności rozumianą jako oświadczenie producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela stwierdzające na jego wyłączną odpowiedzialność, że oferowane wyroby są zgodne z zasadniczymi wymaganiami, zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 roku o systemie oceny zgodności (Dz. U. z 2004 roku Nr 204, poz. 2087)”.

Jeśli Odwołujący powziął wątpliwość, co do charakteru sprzętu mającego być przedmiotem zamówienia, czy też zakresu wymaganego przez Zamawiającego certyfikatu CE, winien wystąpić do Zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zgodnie z art. 38 PZP) lub wnieść protest na jej treść w ustawowym terminie.

W ocenie KIO zarzuty stawiane certyfikatом i dowody przedstawione na poparcie zarzutów nie uzasadniają zarzutu niezgodności treści wybranej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ani ewentualnego wniosku o unieważnienie postępowania.

KIO oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy stwierdziła, że decyzja Zamawiającego dotycząca odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty nie znajduje w nim wystarczającego oparcia. Jest rzeczą bezsporną, że w dokumentach związanych z prowadzonym postępowaniem, Zamawiający nie wymagał, aby w momencie złożenia oferty Wykonawca dysponował przedmiotem zamówienia lub jego częścią, ani też by przedmiotem zamówienia był sprzęt produkowany seryjnie, aktualnie dostępny w obrocie.

W związku z tym, co trafnie wskazał Zamawiający w uzasadnieniu protestu z dnia 9 listopada b.r. „zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie mogą być obciążeni negatywnymi skutkami niewystarczającego doprecyzowania przez Zamawiającego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Należy przy tym wskazać, że:

- 1) Zamawiający nie wykazał, że przeprowadził postępowanie wyjaśniające w celu wyjaśnienia sposobu kalkulacji cen w ofercie EP SA, a w szczególności zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie kwestii zastosowania rażąco niskiej ceny;*
- 2) w razie powzięcia wątpliwości co do treści złożonej oferty Zamawiający winien w pierwszym rzędzie żądać złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę zgodnie z art. 87 ust. 1 PZP a dopiero po ich uznaniu za niewystarczające dokonać czynności odrzucenia oferty; takie działanie powinno mieć miejsce szczególnie po rozpatrzeniu protestu i zobowiązania się Zamawiającego do powtórzenia czynności badania ofert;*
- 3) Zamawiający próbował samodzielnie wyjaśnić kwestie techniczne z producentem sprzętu LG (pismo znak WZP.322-JJ/23/07 z dnia 16.10.2007 r.), jednak nie wykonał czynności zgodnie z unormowaniami art. 87 ust 1. PZP i nie zażądał wyjaśnienia tej kwestii przez Wykonawcę, który działał w tym zakresie przez podwykonawcę.*

Takie działanie Zamawiającego nie jest w ocenie KIO właściwą realizacją przyznanych Mu w przepisach PZP kompetencji. KIO w oparciu o zgromadzoną dokumentację, z której wynika, że postępowanie prowadzone jako „procedura przyspieszona” na podst. art. 49 ust. 3 PZP i trwa od 20 kwietnia b.r. a wybór najkorzystniejszej oferty od 2 lipca b.r. oraz, iż przeprowadzone na rozprawie postępowanie dowodowe, nie może stwierdzić, zgodnie z przepisami PZP, że przy wykonywaniu swoich czynności Zamawiający dołożył należytej staranności.

Zaniechania Zamawiającego w zakresie skorzystania z przyznanych Mu przepisami prawa możliwości dokonania wszystkich działań zmierzających do wyboru najkorzystniejszej oferty nie powinny podlegać ochronie prawnej, szczególnie w przypadku prowadzenia postępowania w „procedurze przyspieszonej” i po wniesieniu w postępowaniu przez Wykonawcę protestu.

Z wyżej podanych przyczyn, biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art.191 ust. 6 i 7 PZP.

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/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*