

Sygn. akt KIO/218/11

**WYROK**  
**z dnia 17 lutego 2011 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego przez **Media Sp. z o.o., 40 – 723 Katowice, ul. Piotrowicka 61** od czynności zamawiającego **Komendę Główną Policji, 02 – 624 Warszawa, ul. Puławska 148/150**

przy udziale wykonawcy **VS Data s.c. Łukasz Chołyst i Witold Sobolewski, 81 – 391 Gdynia, ul. Świętojańska 55/15** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert.**

Kosztami postępowania obciąża **Komendę Główną Policji, 02 – 624 Warszawa, ul. Puławska 148/150** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Media Sp. z o.o., 40 – 723 Katowice, ul. Piotrowicka 61,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Komendę Główną Policji, 02 – 624 Warszawa, ul. Puławska 148/150,** na rzecz **Media Sp. z o.o., 40 – 723 Katowice, ul. Piotrowicka 61,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

**Przewodniczący:**

.....

#### UZASADNIENIE

Zamawiający - Komenda Główna Policji w Warszawie prowadzi postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, którego przedmiotem jest dostawa 14 szt. stanowisk badawczych dla ekspertów badań komputerowych wraz z dodatkowym wyposażeniem dla jednostek KGP i KWP realizowana w ramach dostawy „Zestawu bazodanowych urządzeń informatycznych obsługujących tworzone zespoły techniczno-eksperskie oraz modułu do badań komputerowych, w tym mobilnych zestawów oględzinowych”.

W dniu 25 stycznia 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców, iż dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Wykonawcę VS Data Łukasz Chołyst Witold Sobolewski z siedzibą w Gdyni, zaś oferta Odwołującego została odrzucona,

jako niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący Media sp. z o.o. nie zgodził się z powyższym rozstrzygnięciem Zamawiającego i wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu, iż treść oferty złożonej przez Odwołującego jest sprzeczna z treścią SIWZ i w konsekwencji odrzuceniu jego oferty. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty, Zamawiający wskazał, iż w treści SIWZ wymagał złożenia wraz z ofertą opisu oferowanego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ.

Zgodnie z treścią rozdziału VI pkt 3.2. SIWZ Wykonawcy byli zobowiązani złożyć wraz z ofertą opis oferowanego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ wraz z podaniem pełnej nazwy, producenta i typu. Odwołujący wyszczególnił w swojej ofercie elementy (urządzenia) wymienione w załączniku nr 1 do SIWZ podając, wedle wskazanego wymogu SIWZ, pełną nazwę, producenta oraz typ każdego urządzenia. Odwołujący wskazał, iż nie było (w świetle zapisów SIWZ) obowiązkiem Wykonawców podawanie w wykazie ilości urządzeń. Zdaniem Odwołującego, celem dołączenia do oferty wykazu nie miało być potwierdzanie ilości oferowanych urządzeń (ustalonej wiążąco w SIWZ), lecz pozyskanie przez Zamawiającego dokładnej wiedzy na temat producentów i modeli oferowanych urządzeń. W SIWZ Zamawiający nie sformułował wymogu, aby elementem opisu oferowanego przedmiotu zamówienia było potwierdzenie ilości poszczególnych urządzeń. Zatem Odwołujący uznał, iż działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z zapisami SIWZ było bezprawne. Odwołujący zwrócił także uwagę na fakt, iż na etapie składania ofert Zamawiający nie wymagał od Wykonawców podania cen jednostkowych poszczególnych urządzeń wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Zamawiający oczekiwał przedstawienia w ofercie wyłącznie ceny łącznej za cały przedmiot zamówienia. Formularz ofertowy zawierał stosowne oświadczenie, mocą którego każdy Wykonawca, w tym także i Odwołujący, zobowiązał się do podania cen jednostkowych (netto/brutto) dopiero przed podpisaniem umowy.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający mógł skorzystać z możliwości, która wynika z art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych i wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści ofert. Wezwanie takie pozwoliłoby Zamawiającemu rozstrzygnąć wszelkie ewentualne wątpliwości, bez konieczności dokonywania jakichkolwiek ingerencji w pierwotną treść oferty.

W ocenie Odwołującego, nie decydując się na zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający doprowadził do sprzecznej z prawem czynności odrzucenia oferty Odwołującego, czego mógł i powinien był uniknąć.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że gdyby nawet Zamawiający stał na stanowisku, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ, to winien był w takiej sytuacji zastosować zapisy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i zakwalifikować uchybienie w ofercie jako omyłkę niepowodującą istotnej zmiany w treści oferty. Odwołujący stoi na stanowisku, iż poprawienie takiej omyłki w żaden sposób nie spowodowałoby zmiany ceny całkowitej oferty, ani ilości pozycji, zatem wprowadzenie takich poprawek byłoby w pełni dopuszczalne. Artykuł 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter imperatywny. A to zdaniem Odwołującego oznacza, iż Zamawiający uznając, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, winien był dążyć do usunięcia tej niezgodności w sposób przepisany ustawą, czego nie uczynił. W świetle powyższego Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego, z pominięciem trybu poprawiania omyłek przewidzianego w art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 04 lutego 2011 r. przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca VS Data s.c. Łukasz Chołyst i Witold Sobolewski, zachowując termin ustawowy do wniesienia przystąpienia. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych; podniósł także argumenty uzasadniające oddalenie odwołania. Przystępujący podnosił, iż wartość niniejszego zamówienia nie przekracza równowartości wyrażonej w złotych kwoty 125 000 euro. Jako dowód Przystępujący przedstawił wyciąg z protokołu postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Z treści protokołu wynika, że wartość zamówienia oszacowano na kwotę 380441 złotych, co stanowi równowartość 99098,98 euro (a więc na kwotę nie przekraczającą wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie w postępowaniach, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania przez Zamawiającego informacji - w formie faxu lub drogą elektroniczną - stanowiącej podstawę jego wniesienia.

Przystępujący uznał, że skoro Odwołujący powziął wiadomość o odrzuceniu jego oferty w dniu 25 stycznia 2011 roku, to wobec faktu, że wartość zamówienia nie przekracza kwoty 125 000 euro, winien, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt. 2 wnieść odwołanie w terminie 5 dni, a więc najpóźniej w dniu 30 stycznia 2011 roku. Odwołanie wniesione w dniu 02 lutego 2011 r. w ocenie Przystępującego zostało wniesione z uchybieniem ustawowego terminu, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie informacji zawartej w odwołaniu, a także na podstawie przekazanego Izbie raportu transmisji faksem wiadomości zawierającej informację o wyborze oferty

najkorzystniejszej i informację o odrzuceniu oferty Odwołującego, Izba stwierdziła, że Zamawiający powiadomił Odwołującego o wyniku postępowania i o odrzuceniu jego oferty 25 stycznia 2011 roku poprzez przesłanie faksu na numer Odwołującego. Odwołujący potwierdził otrzymanie powyższej informacji w treści odwołania wskazując, że informację stanowiącą podstawę złożenia odwołania powziął 25 stycznia 2011 roku, fakt ten potwierdza także raport transmisji – fax z godz. 12:59. Odwołanie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 02 lutego 2011 roku.

Zamawiający nie kwestionował terminu w jakim zostało wniesione odwołanie. Wyjaśnił, iż niniejsze postępowanie (prowadzone w trybie negocjacji bez ogłoszenia) jest wynikiem dotychczas prowadzonego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego. Postępowanie uprzednie prowadzone było dla wartości przekraczającej próg 125 000 euro (ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej). Obecne postępowanie, jak i poprzednio prowadzone, jest częścią dużego projektu informatycznego, a łączna wartość tego zamówienia wynosi około 6 000 000 euro. Zgodnie z artykułem 32 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli Zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego zamówienia, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Zatem zgodnie z ww. artykułem, należało znać, iż skoro łączna wartość poszczególnych zamówień udzielanych przez zamawiającego, dotycząca jednego projektu w zakresie sprzętu komputerowego, przekracza kwotę 125000 euro, należy stosować dla poszczególnych postępowań (wchodzących w skład jednego projektu) przepisy właściwe dla zamówień o wartości przekraczającej równowartość kwoty 125 000 euro. Ponadto Zamawiający wyjaśnił, iż brak jest w oficjalnym protokole, (którego treść wynika z Rozporządzenia) możliwości wpisania informacji, iż niniejsze zamówienie stanowi część innego większego zamówienia. Ustalono także, że w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na stronie tytułowej, Zamawiający zamieścił informację, iż wartość zamówienia przekracza wartość 125 000 euro. W świetle powyższych ustaleń należy uznać, iż odwołanie wniesione w dniu 02 lutego 2011 roku zostało wniesione w terminie przewidzianym ustawą – 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę do jego wniesienia.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę podczas której odwołujący i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych. Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Oferta Odwołującego zawiera cenę najkorzystniejszą, zaś jedynym kryterium oceny ofert jest cena. W przypadku gdyby okazało się, iż Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący mógł ponieść szkodę w postaci utraty korzyści, jaką jest pozyskanie niniejszego zamówienia.

Izba ustaliła, iż w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia brak jest zapisów, które nakazywałyby zawarcie potwierdzenia ilości oferowanych poszczególnych urządzeń w treści załączanego do oferty wykazu. Treść SIWZ stanowiła jedynie, iż Wykonawcy zobowiązani są do załączenia do oferty opisu oferowanego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ wraz z podaniem pełnej nazwy, producenta i typu. Zatem w niniejszym postępowaniu nie można mówić o niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, w szczególności dlatego, iż Zamawiający nie zwerbalizował w SIWZ wymogu wskazania ilości oferowanych poszczególnych urządzeń. Izba uznała zatem, iż Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stosując względem Odwołującego sankcję (w postaci odrzucenia jego oferty) z tytułu naruszenia wymogu, którego w SIWZ w ogóle nie zamieszczono.

Zamawiający uznał, iż wobec braku wskazania ilości oferowanych urządzeń (nawet pomimo, że nie było takiego wymagania w treści SIWZ) oferta Odwołującego nie jest zgodna z treścią SIWZ. Uznał, iż skoro Wykonawca nie wskazał ilości oferowanych poszczególnych urządzeń, ilość ta jest inna niż wskazana przez Zamawiającego w SIWZ. Izba stoi na stanowisku, iż jeśli ilość oferowanych poszczególnych urządzeń nie została przez Odwołującego określona, Zamawiający nie miał podstaw, aby z całkowitą pewnością stwierdzić, że zakres ten nie odpowiada wymogom SIWZ. Aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, niezgodność ta musi dotyczyć zapisów specyfikacji, a niezgodność taka winna być oczywista. Zamawiający może więc odrzucić ofertę gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści SIWZ. Nie może dokonać takiej czynności w sytuacji, gdy treść oferty nie została należycie zbadana, w tym w szczególności wyjaśniona - w przypadku wątpliwości co do jej zgodności z SIWZ.

Ilość poszczególnych urządzeń została określona przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ. W niniejszym postępowaniu wymagania w zakresie ilości poszczególnych urządzeń były

ściśle określone przez Zamawiającego. Zatem nie jest tak, iż Wykonawcy zobowiązani byli samodzielnie kreować przedmiot zamówienia, w szczególności w zakresie ilości urządzeń. W postępowaniu oferowana ilość urządzeń nie była także kryterium oceny ofert, a zatem nie wpływała na pozycję w rankingu wykonawców. Wobec powyższego Zamawiający, w przypadku wątpliwości, winien jedynie wyjaśnić - potwierdzić zgodność ilości oferowanego przedmiotu zamówienia z opisem wskazanym w SIWZ. Izba stoi także na stanowisku, iż w niniejszym postępowaniu nie ma konieczności poprawiania treści oferty. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała nakazu wskazywania ilości oferowanych urządzeń w wykazie załączanym do oferty. W ocenie Izby wystarczającą czynnością Zamawiającego byłoby uzyskanie potwierdzenia Odwołującego (w trybie art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc w drodze wyjaśnień), iż oferowany przedmiot zamówienia odpowiada pod względem ilości oferowanych poszczególnych urządzeń treści załącznika nr 1 SIWZ. Choć ustawa Prawo zamówień publicznych nie nakłada na Zamawiającego obligatoryjnego obowiązku wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, to jednak pozwala Zamawiającemu uzyskać absolutną pewność w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia.

Na uwagę zasługuje także fakt, iż Zamawiający żądał podania w ofercie ceny łącznej za całość zamówienia. Zamawiający określił zakres zarówno ilościowy jak i minimalnych wymagań, a Wykonawcy obowiązani byli jedynie do określenia ceny łącznej oraz cech urządzeń, których Zamawiający nie określił, (pozostawiając dowolność Wykonawcom) tj. w zakresie nazwy, producenta i typu oferowanych urządzeń.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Wysokość kosztów dotyczących wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z § 3 pkt 2b Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania ustalona została do kwoty nieprzekraczającej 3600 zł. Nie jest zatem możliwe uwzględnienie wniosku Odwołującego zasądzenia kosztów zastępstwa procesowego w kwocie przekraczającej powyżej wymienioną kwotę.

W niniejszej sprawie Przystępujący złożył ustnie do protokołu wnioski o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego; nie przedstawił do chwili zamknięcia rozprawy rachunku, na podstawie którego żądał zwrotu kosztów. Izba zauważa, że Przystępujący w świetle

obowiązujących przepisów, nie ma skutecznej możliwości ubiegania się o zwrot kosztów. Ponadto, zgodnie z treścią art. 3 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania wynika, iż do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Izba orzeka o kosztach wyłącznie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

**Przewodniczący:**

.....