

WYROK
z dnia 28 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Jolanta Markowska
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wspólnie ubiegających się o zamówienie **Lumena S.A. ul. Reja 6, 02-053 Warszawa i Makronet Sp. z o.o. ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Naukową i Akademicką Sieć Komputerową Jednostkę Badawczo – Rozwojową ul. Wąwozowa 18 lok. 010, 02-796 Warszawa** protestu z dnia 25 stycznia 2008 r.

orzeka:

1. **oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża wspólnie ubiegających się o zamówienie **Lumena S.A. ul. Reja 6, 02-053 Warszawa i Makronet Sp. z o.o. ul. Okrężna 56, 02-925 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 uiszczanego przez **wspólnie ubiegających się o zamówienie Lumena S.A.**

ul. Reja 6, 02-053 Warszawa i Makronet Sp. z o.o. ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa,

- 2) 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 **wspólnie ubiegających się o zamówienie Lumena S.A. ul. Reja 6, 02-053 Warszawa i Makronet Sp. z o.o. ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę maszyn serwerowych wraz z rozszerzonymi usługami serwisowymi, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655). Postępowanie to jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 8 listopada 2007 r. pod numerem 2007/S -261410-PL. Otwarcie ofert odbyło się 14 stycznia 2008 r. Zostało złożonych 6 ofert.

W dniu 21 stycznia 2008 r. Odwołujący otrzymał zawiadomienie o unieważnieniu przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powodem unieważnienia było to, iż Zamawiający w załączniku nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia pod rozliczeniem kosztów poszczególnych urządzeń w konfiguracji odniesienia podał, iż kwoty netto i brutto z pozycji suma należy wpisać do tabeli w załączniku nr 2 poz. 1 – 14 (odpowiednio do konfiguracji odniesienia). Wykonawcy wpisali odpowiednie kwoty w załączniku nr 2, jednakże nie pomnożyli ich przez podaną ilość serwerów (w przygotowanej przez Zamawiającego tabeli nie było odpowiedniej instrukcji ani kolumny, w której można było wpisać kwotę uzyskaną z tego mnożenia). W związku z powyższym Zamawiający nie mógł porównać obiektywnie ofert złożonych w postępowaniu i dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty.

Na powyższą decyzję Zamawiającego Odwołujący 25 stycznia 2008 r. wniósł protest, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie

1. art. 93 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuzasadnione unieważnienie postępowania,

2. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprzeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

3. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu

i wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i dokonanie wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego katalog podstaw unieważnienia postępowania określony w art. 93 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest katalogiem zamkniętym, zatem Zamawiający nie może swobodnie podejmować decyzji w przedmiocie unieważnienia postępowania. Zdaniem Odwołującego uzasadnienie faktyczne i prawne podane przez Zamawiającego przy unieważnieniu postępowania jest sprzeczne z obowiązującą doktryną w zakresie zamówień publicznych (Odwołujący przytoczył tezy z wyroku zespołu arbitrów oraz sądu, z których wynika, iż podstawa unieważnienia postępowania zawarta w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych musi mieć charakter nieusuwalny i powodujący równocześnie, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek zaistnienia wady nieważna oraz, iż wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty).

Odwołujący stwierdził także, iż jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, ponieważ przedstawił on najkorzystniejszą cenę, a poza tym wpisał kwoty netto i brutto odpowiednio do konfiguracji oraz pomnożył przez podaną liczbę serwerów.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu, wobec czego, na podstawie art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uznaje się go za oddalony. W związku z powyższym Odwołujący 8 lutego 2008 r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał swoje zarzuty i żądania zawarte w proteście.

18 lutego 2008 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której argumentował, iż podstawą unieważnienia postępowania jest wadliwie sformułowana specyfikacja istotnych warunków zamówienia (jej załączniki 2 i 3), a wada ta jest nie do usunięcia i powodowałaby zawarcie nieważnej umowy. Błąd Zamawiającego polega na tym, iż skonstruował on „Arkusze cenowy” (zał. 2) i „Rozliczenie kosztów poszczególnych urządzeń w konfiguracji odniesienia” (zał. 3) w taki sposób, że nie można wypełnić prawidłowo „Arkusza cenowego” wykonując polecenia zawarte w załączniku 3. Wpisanie kwot netto i brutto z załącznika 3 do załącznika 2 tylko w czterech przypadkach jest prawidłowe, ponieważ tam Zamawiający zamawiał pojedyncze egzemplarze, natomiast

w pozostałych 14 wypadkach kwoty te należało pomnożyć przez liczbę zamawianych urządzeń i oprogramowania – co nie wynikało z załącznika 3. Wykonawcy wypełniający literalnie polecenie z załącznika 3 nie uwzględnili w „Arkuszu cenowym” liczby zamówionych sztuk, co spowodowało, że ceny wpisane w ten załącznik, pomimo że odpowiadają poleceniu Zamawiającego, są nieprawidłowe, ponieważ dotyczą tylko jednej sztuki.

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, nie można dokonać oceny poprawności złożonych ofert i nie można porównać zaoferowanych cen, a wada ta ma charakter nieusuwalny na tym etapie postępowania.

Zamawiający otrzymał więc w postępowaniu:

1. trzy oferty, w których w kolumnach „cena netto” i „cena brutto” wpisano ceny pojedynczych serwerów i jako cenę oferty podano sumę tych pojedynczych serwerów i oprogramowania,
2. dwie, w których w tych kolumnach wpisano ceny uwzględniające ilość zamawianych serwerów (bez zmiany kolumn tabeli) oraz jedną, w której dodano kolumny i uwzględniono ceny jednostkowe serwerów i ceny uwzględniające ich ilość, a jako cenę oferty podano sumę wszystkich serwerów i oprogramowania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje. Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy stwierdzić, że Odwołujący wykazał swój interes prawny w składaniu środków ochrony prawnej, o którym to interesie stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuzasadnione unieważnienie postępowania Izba stwierdza, Zamawiający rzeczywiście otrzymał oferty, których bezpośrednie porównanie, tj. bez dokonania dodatkowej, samodzielnej kalkulacji przez Zamawiającego, jest niemożliwe. Jednocześnie nie można stwierdzić, iż któryś z tych sposobów obliczenia ceny jest niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Metoda wpisania do „Arkusza cenowego” cen pojedynczych serwerów i ich sumy wynika *expressis verbis* z zapisu w załączniku nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia

(„kwoty netto i brutto z pozycji suma należy wpisać do tabeli w Załączniku nr 2, pozycja...”), a sumy te dotyczą cen pojedynczych serwerów. Jednak porównanie końcowych cen ofert według sumy cen jednostkowych, bez uwzględnienia ilości, mogłoby doprowadzić do zafałszowania ceny oferty najkorzystniejszej, która mogłaby się zmienić po uwzględnieniu faktu, iż niektóre pozycje zamawiane są w pojedynczych egzemplarzach, a niektóre po dwa.

Za niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie można uznać także metody obliczenia ceny oferty uwzględniającej ilości oferowanych serwerów, skoro ich ilość została wymieniona w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i która prowadzi do rzetelnej oceny ofert, a jednocześnie jest odzwierciedleniem celu sporządzenia przez Zamawiającego „Arkusza cenowego” i cytowanego powyżej polecenia zawartego w załączniku nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jego logicznego, a nie tylko literalnego brzmienia.

Jakkolwiek nie można nie zgodzić się z Odwołującym, iż matematyczna kalkulacja ceny ofert w oparciu o ceny pojedynczych serwerów przedstawione w ofertach przez wykonawców jest prosta, to jednak, niestety, na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i ich interpretacji Zamawiający nie ma formalnych podstaw do jej przeprowadzenia. W związku z powyższym Zamawiający, uznając, iż zróżnicowanie sposobu przedstawienia cen w ofertach wynika z jego błędnego zapisu w załączniku nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i niekompletnej tabeli w załączniku nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia („Arkuszu cenowym”), nie miał innej możliwości niż unieważnienie postępowania.

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła również naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprzeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

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

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:

.....

.....