

**WYROK**

**z dnia 17 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie: przewodniczący Anna Packo  
protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 i 17 listopada 2010 r. w Warszawie  
odwołania wniesionego przez

**Ekotrade Sp. z o.o. ul. Prosta 2/14, 00-850 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

**Muzeum Oręża Polskiego w Kołobrzegu**

**ul. Armii Krajowej 13, 78-100 Kołobrzeg**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i unieważnia umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych oraz nakłada na Muzeum Oręża Polskiego w Kołobrzegu ul. Armii Krajowej 13, 78-100 Kołobrzeg karę finansową w wysokości 500 zł,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Muzeum Oręża Polskiego w Kołobrzegu ul. Armii Krajowej 13, 78-100 Kołobrzeg i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Ekotrade Sp. z o.o. ul. Prosta 2/14, 00-850 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 815 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy osiemset piętnaście złotych zero groszy) przez **Muzeum Oręża Polskiego w Kołobrzegu ul. Armii Krajowej 13, 78-100 Kołobrzeg** na rzecz **Ekotrade Sp. z o.o. ul. Prosta 2/14, 00-850 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i dojazdu pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:**

.....

## **UZASADNIENIE**

### **do wyroku KIO 2373/10 z 17 listopada 2010 r.**

Zamawiający – Muzeum Oręża Polskiego w Kołobrzegu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług ochrony osób i mienia” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 20 września 2010 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W postępowaniu złożono 3 oferty: Odwołujący – EKOTRADE Sp. z o.o. z ceną 245.803,68 zł, Przedsiębiorstwo Usługowe WACHTA II Tomasz Ziomek z ceną 250.557,84 zł, Agencja Ochrony LEX – CRIMEN Sp. z o.o. z ceną 318.696,00 zł. Kryterium oceny ofert była najniższa cena.

26 października 2010 r. Odwołujący otrzymał (faksem) informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Agencję Ochrony LEX – CRIMEN Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu swojej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na brak wymaganego w opisie przedmiotu zamówienia stałego łącza telefonicznego z Policją i Strażą Pożarną. Z powodu braku takiego łącza oraz stacji monitoringu w Kołobrzegu została również odrzucona oferta Przedsiębiorstwa Usługowego WACHTA II.

2 listopada 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, co narusza art. 25, art. 26 ust. 3, art. 87, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 5 kodeksu cywilnego i wnosząc o: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W trakcie rozprawy Odwołujący wniósł także o unieważnienie zawartej przez Zamawiającego umowy.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że złożył ofertę, która odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności kierując się wymogiem Zamawiającego złożył oświadczenie o posiadaniu stałych łącz telefonicznych ze Strażą Pożarną i Policją w Kołobrzegu oraz przedłożył najkorzystniejszą ofertę cenową. W dniu otwarcia ofert Agencja Ochrony LEX – CRIMEN Sp. z o.o. poinformowała Zamawiającego, że Odwołujący nie posiada wymaganych stałych łącz telefonicznych ze Strażą Pożarną i Policją, które to oświadczenie nie mogło mieć żadnego wpływu na przebieg badania i oceny ofert, Zamawiający bowiem, zgodnie z art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinien wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli ofertę Odwołującego, a wybierając inną ofertę naruszył ww. przepis.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert zażądał od Odwołującego, na podstawie art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie spełnienia wymogu posiadania stałego łącza telefonicznego ze Strażą Pożarną i Policją. Odwołujący złożył wymagane wyjaśnienia i przedłożył dokumenty, które dodatkowo udowodniały posiadanie tych łącz. Żądanie Zamawiającego złożenia uzupełnienia dokumentów stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Zamawiający nie mógł żądać złożenia dokumentów, których nie żądał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a Odwołujący przedłożył wraz z ofertą wszystkie żądane oświadczenia i dokumenty. Czynności Zamawiającego naruszyły zatem także art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał, iż wykonawcy mają przedłożyć dodatkowe dokumenty potwierdzające posiadanie sztywnego łącza z Komendą Powiatową Policji i Komendą Powiatową Państwowej Straży Pożarnej w Kołobrzegu.

Istotnym naruszeniem Zamawiającego jest oparcie oceny spełnienia wymogów przetargu przez Odwołującego w oparciu o wizję lokalną członka

komisji przetargowej w biurze Odwołującego w Kołobrzegu, której to możliwości przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują. Ustawodawca poprzez art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie określił, że Zamawiający może w celu potwierdzenia przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu żądać wyłącznie oświadczeń i dokumentów. Odwołujący nie był informowany, iż do jego biura w Kołobrzegu przybędzie przedstawiciel komisji przetargowej, dlatego dyrektor biura Odwołującego w Kołobrzegu odmówił dokonania takiej wizji. Odwołujący złożył ofertę wraz z oświadczeniami i dokumentami wymaganymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz na żądanie Zamawiającego złożył stosowne wyjaśnienia do treści oferty i dodatkowe dokumenty, które potwierdziły spełnienie wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem Zamawiający nie miał prawa uznać, że Odwołujący nie spełnia tych wymogów. Odwołujący złożył ofertę, z której treści wynika, że może wykonać zamówienie w całości, co dodatkowo potwierdził w procesie złożenia do oferty dodatkowych wyjaśnień i dokumentów, więc Zamawiający nie miał żadnych podstaw do twierdzenia, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o: odrzucenie odwołania w części dotyczącej niezgodnej z przepisami czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż postępowanie ma wartość mniejszą niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz oddalenie odwołania w pozostałej części, ewentualnie o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego i zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, a także przeprowadzenie dowodu ze wskazanych przez Zamawiającego dokumentów i zeznań świadka na okoliczność poinformowania drogą telefoniczną wszystkich wykonawców w zakresie art. 92 ust. 1 pkt 1 – 4 ustawy Prawo zamówień publicznych 21 października 2010 r. W treści pisma Zamawiający przedstawił przebieg postępowania

przetargowego oraz potwierdził otrzymanie kopii odwołania 29 października 2010 r.

Z załączonej do odpowiedzi kopii druku ZP-2, pkt 12 protokołu postępowania wynika, że 1 listopada 2010 r. Zamawiający zawarł z Agencją Ochrony LEX – CRIMEN Sp. z o.o. umowę w sprawie niniejszego zamówienia. Podczas rozprawy Zamawiający okazał oryginał zawartej umowy.

Zamawiający nie złożył wniosku, o którym mowa w art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy oraz w przedłożonych dokumentach Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powołanie w odwołaniu nieprawidłowego wyboru oferty Agencji Ochrony LEX – CRIMEN Sp. z o.o. nie jest zarzutem samodzielnym, tzn. nie są podnoszone żadne zarzuty w stosunku do tej oferty, a jedynie skutkiem zarzutu odnoszącego się do niezgodnego z przepisami odrzucenia oferty Odwołującego, która, jako najtańsza, powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą – jest to *de facto* jedyny zarzut odwołania, tym samym nie ma podstaw do odrzucenia odwołania w części dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej (za którą, w braku innych zastrzeżeń, jak stanowi art. 27 tej ustawy, ustawa Prawo zamówień publicznych uznaje także przekazywanie pism za pomocą faksu i poczty elektronicznej), zatem jakiegokolwiek wcześniejsze telefoniczne przekazywanie informacji wskazanych w art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

nie jest skuteczne dla liczenia biegu terminu na wniesienie odwołania, w szczególności zaś biorąc pod uwagę treść art. 182 ust. 1 w zw. z art. 27 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wprost odnosi termin na wniesienie odwołania od przesłania dokumentu za pomocą faksu, poczty elektronicznej lub pisemnie. Tym samym Izba uznała za zbędne przeprowadzania dowodu z zeznań świadka na okoliczność przekazania ww. informacji telefonicznie.

Określony w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 5-dniowy termin na wniesienie odwołania liczony od przekazania informacji faksem 26 października 2010 r., ze względu na fakt, że 31 października i 1 listopada były dniami ustawowo wolnymi od pracy, upłynął 2 listopada 2010 r., termin na wniesienie odwołania został zachowany (w tym dniu odwołanie wpłynęło w formie pisemnej, wcześniej 29 października jedynie faksem).

Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, w tym pism przywołanych przez Strony oraz z wyjaśnień Stron i stwierdziła, że stan faktyczny przedstawiony przez Strony nie jest sporny i pokrywa się ze stanem wynikającym z dokumentacji postępowania, zatem nie ma potrzeby jego ponownego przytaczania.

Zarzut dotyczący nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego potwierdził się.

Izba ustaliła, że wymóg dotyczący posiadania przez wykonawcę, w ramach monitoringu drogą radiową, „stałego łącza z Policją i Strażą Pożarną gwarantującego natychmiastowy kontakt w sytuacjach kryzysowych” zawarty został w punkcie 12. opisu przedmiotu zamówienia, nie jest natomiast warunkiem udziału w postępowaniu. Skutkiem tego rozróżnienia jest, że wykonawca nie musi spełniać tego wymogu już w chwili składania ofert, jak przy wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, lecz dopiero przystępując do realizacji umowy, gdyż odnosi się on do sposobu spełnienia samego świadczenia z tej umowy wynikającego. Nie mniej jednak, w ramach wyjaśnień, pismem z 12 października 2010 r., Odwołujący przesłał

Zamawiającemu kserokopie pism z 8 października 2010 r. z Komendy Powiatowej Policji w Kołobrzegu i Komendy Powiatowej Państwowej Straży Pożarnej w Kołobrzegu potwierdzające posiadanie sztywnych łącz. Zamawiający nie zakwestionował merytorycznie prawdziwości samych pism ani zawartych w nich oświadczeń, zatem Izba uznała je za potwierdzające fakt posiadania wymaganych łącz, tym samym uznając, że Odwołujący spełnił wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie. Fakt, że przedmiotowy wymóg nie stanowił warunku udziału w postępowaniu powoduje także, że argumentacja Odwołującego dotycząca sposobu dokonywania przez Zamawiającego oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu jest bezprzedmiotowa. Poza tym ze stanu faktycznego niniejszej sprawy wynika, że działania Zamawiającego w zakresie sprawdzenia, czy Odwołujący rzeczywiście posiada wymagane łącza, wynikały z dążenia do ustalenia, czy złożył on nieprawdziwe informacje, która to przesłanka jest samodzielną podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) i nie odnosi się bezpośrednio do art. 25 lub 26 ustawy Prawo zamówień publicznych. Działania Zamawiającego spowodowane były oświadczeniem samego Odwołującego z 21 września 2010 r., że nie posiada takiego łącza ze Strażą Pożarną i Straż nie przewiduje jego założenia oraz podobnej informacji od Agencji Ochrony LEX – CRIMEN Sp. z o.o. Ponieważ procedura sprawdzania informacji wskazanych jako nieprawdziwe nie jest opisana w ustawie Prawo zamówień publicznych, tym samym, zdaniem Izby, dopuszczalne są wszystkie środki dowodowe, które mogą rozstrzygnąć wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie, tym samym trudno Zamawiającemu zarzucić naruszenie przepisów ustawy (pomijając fakt, że, jak stwierdzono wcześniej, Odwołujący zobowiązany był posiadać takie łącza dopiero na etapie realizacji umowy). Inną kwestią jest, że Zamawiający, podejmując owe czynności, w zakresie Odwołującego nie doprowadził ich do końca, np. po odmowie okazania przez Odwołującego, nie zweryfikował informacji na Policji i w Straży Pożarnej (przynajmniej brak informacji w dokumentacji postępowania), a, zdaniem Izby, wyciągnięte przez Zamawiającego wnioski były zbyt daleko idące.



W związku z powyższym Izba uznała, że decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego ze wskazanych w informacji z 26 października 2010 r. powodów była błędna, a tym samym, w konsekwencji, nieprawidłowy był dokonany wybór oferty najkorzystniejszej, zatem czynności Zamawiającego miały wpływ na wynik postępowania.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu 1 listopada 2010 r. zawarł umowę, zatem, zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, uwzględniając odwołanie po zawarciu umowy, Izba nie może nakazać powtórzenia czynności, lecz musi unieważnić zawartą umowę. Kierując się przepisem art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych Izba postanowiła unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych stwierdzając, że ze względu na charakter przedmiotu zamówienia (świadczenie usług ochrony) nie jest możliwy zwrot świadczenia wykonanego do tej pory przez Agencję Ochrony LEX – CRIMEN Sp. z o.o. oraz nałożyć na Zamawiającego karę finansową w wysokości 500 zł biorąc pod uwagę charakter działalności Zamawiającego (instytucja kultury) oraz rodzaj i zakres naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i wysokość wynagrodzenia wybranego wykonawcy, zgodnie z art. 194 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy. Z kolei odnoszący się do niniejszej sytuacji art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zezwala zamawiającemu na zawarcie umowy w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, jeśli zostało ono przesłane faksem, jednak z zastrzeżeniem art. 183 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. W zaistniałym stanie faktycznym pięciodniowy termin wskazany w art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień

publicznych upłynął 31 października 2010 r., a ze względu na charakter terminu (nie był to końcowy termin na dokonanie czynności) nie miał do niego zastosowania art. 115 kodeksu cywilnego, który z kolei spowodował „przesunięcie” terminu na wniesienie odwołania. Jednak biorąc pod uwagę, że 29 października 2010 r. Zamawiający dowiedział się o wniesieniu odwołania, Izba uznała, że Zamawiający powinien był uznać odwołanie za złożone i tym samym miał zastosowanie art. 183 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 195 ustawy Prawo zamówień publicznych karę finansową uiszcza się w ciągu 30 dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia Izby lub sądu o nałożeniu kary na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący**

.....