

WYROK
z dnia 15 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15.10.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **EUROIMPEX S.A., 51-502 Wrocław, ul. Mydlana 3b** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, 50-411 Wrocław, ul. Wybrzeże J.Śłowackiego 12-14** protestu z dnia **29 lipca 2009 r.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Spinel Sp. z o.o., 50-449 Wrocław, ul. Podwale 75** i **Toshiba Tec Poland S.A., 02-274 Warszawa, ul. Mineralna 15a** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża EUROIMPEX S.A., 51-502 Wrocław, ul. Mydlana 3b i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **EUROIMPEX S.A., 51-502 Wrocław, ul. Mydlana 3b;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **EUROIMPEX S.A., 51-502 Wrocław, ul. Mydlana 3b;**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *zakup drukarek oraz urządzeń wielofunkcyjnych wraz z oprogramowaniem na potrzeby Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego* (numer sprawy DN-Z.332-75/09), ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 maja 2009 roku, 2009/S 88-126982.

Wobec czynności zamawiającego z 23 lipca 2009 r. polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum Spinel Sp. z o.o. oraz Toshiba – Tec Poland S.A. oraz odrzuceniu oferty EUROIMPEX SA, a także zaniechaniu odrzucenia ofert złożonych przez wybrane konsorcjum, konsorcjum KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. i Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o., w dniu 29 lipca 2009 r. faksem i pisemnie w dniu 3 sierpnia 2009 roku wykonawca, którego ofertę odrzucono wniósł protest do zamawiającego (pismo z dnia 29 lipca 2009 r.). W proteście zarzucono zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych określonych przepisami:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 poprzez nierówne traktowanie wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu,
- 2) art. 14 – poprzez nie zastosowanie przepisów kodeksu cywilnego odnośnie oświadczeń woli,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 2 poprzez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy, pomimo że złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty protestującego i jednoczesny brak odrzucenia ofert pozostałych wykonawców mimo, iż oferty są w swej treści w sposób istotny niezgodne z treścią siwz,
- 5) art. 89 ust. 3 w związku z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez nie odrzucenie ofert pozostałych wykonawców, mimo iż stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji,

- 6) art. 91 ust. 1 poprzez wybór najkorzystniejszej oferty z naruszeniem kryteriów i zasad określonych w siwz,
- 7) art. 92 ust. 1 i 2 poprzez niedopełnienie obowiązków informacyjnych przy ogłaszaniu rozstrzygnięcia, w tym w szczególności niepodaniu uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty,
- 8) art. 93 ustawy w związku z art. 146 ust. 5 i 6 poprzez brak decyzji o unieważnieniu postępowania pomimo, że postępowanie jest dotknięte wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Protestujący wniósł o unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty protestującego oraz o odrzuceniu ofert wymienionych na wstępie wykonawców i dokonanie ponownego wyboru oferty spośród ofert ważnych, alternatywnie o unieważnienie przetargu.

W zakresie decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty protestującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, protestujący zakwestionował prawidłowość oceny dokonanej przez zamawiającego, który uznał, iż nie obejmuje ona kosztów przeglądów okresowych drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych, a tym samym oferowana cena jest niekompletna, niejednoznaczna, nie jest ceną ostateczną oraz nie stanowi całkowitego wynagrodzenia wykonawcy. Odwołując się do treści siwz, protestujący wskazał, iż zakres przedmiotu zamówienia nie obejmował wykonania na rzecz zamawiającego przeglądów okresowych dostarczanych urządzeń i usługa ta nie stanowi przedmiotu zamówienia. Wskazanie w par. 2 ust. 9 projektu umowy na wymaganie dokonywania przeglądów okresowych nie oznacza, iż wykonawcy w cenie oferty mieli uwzględniać wartość usługi. Paragraf 6 projektu umowy określający co obejmuje cena, w sposób jednoznaczny wskazuje wyłącznie na zakres dostawy urządzeń i programów opisany w par. 1 projektu umowy. Protestujący w cenie oferty uwzględnił wyłącznie wartość zakupu urządzeń i oprogramowania, a akceptując obowiązek wykonywania przeglądów okresowych, poinformował zamawiającego o kosztach świadczenia usługi, nie objętej niniejszym zamówieniem. Niezależnie od przytoczonego stanowiska, protestujący jedynie z ostrożności wskazał na obowiązek zamawiającego zastosowania art. 88 ust. 2 pkt 2 ustawy, tj. poprawienia stwierdzonej omyłki rachunkowej przez zsumowanie podanych kwot i uznanie otrzymanej sumy za cenę oferowaną.

W zakresie pozostałych ofert, protestujący zarzucił zamawiającemu pominięcie uchybień w ofertach pozostałych wykonawców. Po pierwsze zamawiający zaakceptował oferty wykonawców zawierające dodatkowe, niekontraktowane usługi w postaci przeglądów okresowych. Po drugie wybranie oferty nie znając typów oferowanych urządzeń i oprogramowania. Brak podania typów i nazw oferowanych drukarek, urządzeń wielofunkcyjnych oraz nazw oprogramowania, zasad jego licencjom dotyczy także oferty Toshiba – Tec Poland S.A., jak i KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. (wykonawcy ci

nie wypełnili wiersza załącznika dotyczącego parametrów oferowanych urządzeń). Nie znając oferowanych urządzeń, zamawiający przesądził, że są one zgodne z jego wymogami i zamierza je nabyć. W przypadku oferty Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o., podano typ urządzeń, ale zaniechano podania danych technicznych oferowanych urządzeń. Bez znajomości parametrów, zamawiający nie mógł uznać, iż oferowane urządzenia są zgodne z wymaganiami, co zdaniem protestującego powinno prowadzić do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z treścią siwz.

Ponadto, protestujący wskazał, iż pozostali wykonawcy oferując dodatkową usługę, nie objętą przedmiotem zamówienia, dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji, a zatem ich oferty powinny być odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Działanie takie, zdaniem protestującego, wypełniało przesłankę wykluczenia wykonawców z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, tj. składanie nieprawdziwych informacji, mających wpływ na rozstrzygnięcie przetargu.

Powołując się na przepis art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowiącego o niezgodnym z prawem oferowaniu usług poniżej rzeczywistych kosztów ich realizacji, protestujący wskazał na podstawę odrzucenia pozostałych ofert (z wyłączeniem jego oferty) z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp.

Jako podstawę do alternatywnego żądania unieważnienia przetargu, protestujący wskazał na możliwość wystąpienia sytuacji, iż nie będzie możliwe zawarcie ważnej umowy, gdyż nie da się porównać ofert z natury nieporównywalnych, jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający oddalił protest w całości jako bezzasadny pismem z dnia 12 sierpnia 2009 r., przekazanym w tym samym dniu protestującemu. W uzasadnieniu decyzji, zamawiający wskazał oprócz par. 2 ust. 9 wzoru umowy, również na szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (stanowiącym załącznik do wzoru umowy), w którym wyraźnie wskazał na obowiązek wykonawcy wykonania przeglądów okresowych i wliczenia ich kosztów do ceny oferty. Protestujący – zdaniem zamawiającego – był w pełni świadomy tego stanu, gdyż w swojej ofercie wyraźnie zazaczył, że koszt ten *nie został uwzględniony w cenie oferty*. Zamawiający zaprzeczył, jakoby żądał przedłożenia do oferty parametrów oferowanego sprzętu, zobowiązał natomiast wykonawcę do zawarcia umowy na warunkach określonych we Wzorze umowy, w związku z czym – wbrew twierdzeniom protestującego – nie kupuje „cyt: ...,przysłowiowego kota w worku”.

Wobec rozstrzygnięcia protestu, wykonawca wniósł w dniu 21 sierpnia 2009 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jego kopię zamawiającemu w tym samym dniu, podtrzymując zarzuty i żądania z protestu.

Do postępowania odwoławczego po stornie zamawiającego przystąpili wykonawcy składający ofertę wspólną: Spinel Sp. z o.o. i Toshiba Tec Poland S.A.

Na podstawie oryginału dokumentacji oraz stanowisk stron skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny do wniesienia odwołania wobec rozstrzygnięcia protestu dotyczącego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia jego oferty. W przypadku potwierdzenia się zasadności zarzutu względem prawidłowości oceny przez zamawiającego złożonych w postępowaniu ofert i przywrócenia do postępowania oferty odwołującego, miałby on możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Należy zauważyć, iż istota sporu sprowadza się przede wszystkim do ustalenia zakresu przedmiotu zamówienia, którego wyceny wykonawcy mieli dokonać. W przypadku potwierdzenia prawidłowości stanowiska odwołującego, co do zakresu świadczenia przedmiotowego zamówienia, oferty pozostałych wykonawców zawierałyby wycenę usługi, która nie była objęta zakresem przedmiotu zamówienia.

Dla rozstrzygnięcia zawisłego sporu koniecznym było w pierwszej kolejności jednoznaczne ustalenie zakresu przedmiotu zamówienia i ustalenia, czy wykonawcy oferujący jego wykonanie mieli obowiązek uwzględnienia w cenie dostawy wyłącznie wartość zakupu urządzeń i oprogramowania, czy także kosztów przeglądów okresowych zamawianych urządzeń. Na podstawie zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba ustaliła, iż przedmiot zamówienia obejmował wykonanie przeglądów okresowych oferowanych urządzeń, na co wskazuje zarówno opis przedmiotu zamówienia (pkt III siwz), jak i postanowienia wzoru umowy (załącznik nr 4 do siwz). W ocenie Izby, nie powinno budzić wątpliwości wykonawców, iż cena oferty (mająca charakter ryczałtowy) miała uwzględniać wszystkie przyszłe zobowiązania wykonawcy wynikające z umowy, której załącznik stanowił szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (z pkt III siwz). Wskazuje na to wprost zapis pkt XII pkt 4 siwz w brzmieniu: „Ceny podane w ofercie muszą uwzględniać wszystkie przyszłe zobowiązania Wykonawcy wynikające z umowy stanowiącej Załącznik nr 4 do siwz”.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż treść oferty odwołującego nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W swojej ofercie odwołujący wyraźnie oświadczył, iż koszty przeglądów nie zostały uwzględnione w cenie oferty (w tabelach na stronach 3, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 13 oferty). Stanowisko to podtrzymał na rozprawie, jak i w treści odwołania. Treść oferty odwołującego wskazuje zatem, iż

wykonawca zobowiązał się do świadczenia usługi przeglądu urządzeń za dodatkowym wynagrodzeniem, nie ujętym w cenie oferty (stanowiącą jedynie wartość dostawy zaoferowanych urządzeń). Oznacza to, iż przyszłe świadczenie miałyby być rozliczane na podstawie dodatkowych faktur, wystawianych w oparciu o cenę jednostkową usługi, podaną w treści oferty. W ocenie Izby, odwołujący nie uwzględnił w cenie oferty wszystkich kosztów, jakie wykonawca będzie ponosił z tytułu realizacji umowy – tj. kosztów usługi przeglądów okresowych urządzeń, co stoi w sprzeczności z treścią siwz. Skoro wynagrodzenie z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia ustalone zostało jako wynagrodzenie ryczałtowe, wykonawca nie będzie mógł w ramach realizacji umowy występować do zamawiającego o zapłatę dodatkowego wynagrodzenia za wykonane przeglądy. Zdaniem Izby, zamawiający nie może poprawić ceny ryczałtowej podanej przez odwołującego, gdyż nie jest możliwe ustalenie, kosztu przeglądu urządzenia – drukarka ZEBRA P430i. Ponadto, stanowiłoby to w istocie zmianę zakresu świadczenia zaoferowanego przez odwołującego. Na tej podstawie Izba uznała, iż oferta odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzutu dotyczący zaniechania odrzucenia przez zamawiającego ofert pozostałych wykonawców, Izba oddaliła jako bezzasadny. Zasadniczą podstawą zarzutu było stanowisko odwołującego, iż cena pozostałych ofert obejmuje świadczenie usługi przeglądu urządzeń, które nie były objęte przedmiotem zamówienia. W tym zakresie uzasadnienie stanowiska Izby przedstawione zostało powyżej. Natomiast, kolejną okolicznością, z której odwołujący wywodził podstawę do odrzucenia ofert pozostałych wykonawców, był brak wskazania typu/modelu oferowanych urządzeń, bądź, potwierdzenia parametrów zaoferowanych urządzeń (oferta Konika Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o.). Izba ustaliła, iż zamawiający nie wymagał w treści siwz załączenia szczegółowego opisu oferowanych urządzeń, a jedyną podstawę potwierdzenia spełnienia przez oferowane urządzenia wymagań zamawiającego, stanowiły oświadczenia wykonawców składane na załączniku nr 1 do siwz (formularz oferty). Przyznał to również sam odwołujący w trakcie rozprawy. Tym samym, ze bezpodstawne należało uznać zarzuty braku wskazania typu, czy też modelu urządzeń, jako podstawę dla stwierdzenia niezgodności treści ofert z treścią siwz. Zgodnie z zapisami punktu X pkt 4 siwz, ofertę należało sporządzić z wykorzystaniem formularza stanowiącego załącznik nr 1 do siwz, załączając dokumenty wymienione w pkt VI siwz. Zatem, wykonawcy mogli ograniczyć się wyłącznie do złożenia stosownych oświadczeń i nie mieli obowiązku składać szczegółowego opisu oferowanych urządzeń. Stąd zarzut podlegał oddaleniu.

Izba nie stwierdziła podstaw do nakazania zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, na tej podstawie, iż zamawiający nie wie jakie urządzenia zostały mu zaoferowane w złożonych ofertach. Zamawiający nie wymagał

wprawdzie podania typu, modelu urządzeń w ofertach, oczekując jedynie potwierdzenia przez wykonawców, iż oferowane urządzenia spełniają wymagane szczegółowe parametry opisane w przedmiocie zamówienia, poprzez złożenie oświadczenia na formularzu ofertowym – o oferowaniu przedmiotu zamówienia opisanego w siwz. Jak wyjaśnił zamawiający, dopiero na etapie zawarcia umowy z wybranym wykonawcom do umowy zostanie wpisany typ/model urządzenia. Zdaniem KIO, skoro wykonawcy złożyli oświadczenia, iż oferują urządzenia odpowiadające przedmiotowi zamówienia, to o nieważności umowy będzie można mówić wyłącznie wówczas, gdyby wskazane w jej treści urządzenie nie odpowiadało wymaganiom w zakresie opisanych w siwz parametrom. Wykonawca poprzez oświadczenie wskazał na urządzenie odpowiadające opisanym w siwz parametrom. Nie można zatem stwierdzić, iż nie wiadomo jakie urządzenia są przedmiotem oferty, a następnie umowy. Na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej wszyscy wykonawcy potwierdzili, iż oferowane urządzenia spełniają wymagania zamawiającego, a skoro zamawiający nie wymagał żadnych dodatkowych informacji, co nie było przedmiotem protestu na zapisy siwz, brak wskazania na typ/model urządzenia nie oznacza, że zamawiający nie może porównać złożonych ofert. Żaden z wykonawców nie podnosił zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny, która ewentualnie mogłaby wskazywać na zaferowanie urządzeń o gorszych parametrach, a tym samym należy uznać, iż zamawiający mógł dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*