

Sygn. akt KIO/UZP 1310 /08

WYROK
z dnia 28 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

Członkowie: Izabela Niedziałek
Andrzej Niwicki

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 listopada 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **CONSORTIA Sp. z o.o. ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa** protestu z dnia **29 października 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **CONSORTIA Sp. z o.o. ul. Jagiellońska 74, 03-301 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 uiszczonego przez **CONSORTIA Sp. z o.o. ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) 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 **CONSORTIA Sp. z o.o. ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa**.

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i dostawę 3000 szt. komputerów.

W wyniku wykonania wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15.05.2008r. (sygn. akt V Ca 620/08), oraz z dnia 19.05.2008r. (sygn. akt V Ca 788/08), zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej – wykonawcy Consortia sp. z o.o. Po dokonaniu wymiany korespondencji wykonawca ten, w dniu 24.09.2008r. dokonał dostawy sprzętu wzorcowego. Zamawiający stwierdził, że sprzęt ten nie odpowiada ustaleniom, gdyż dostarczono komputery odmienne od zaakceptowanych – zamiast od producenta Lenovo pochodzą od producenta Dell. Następnie zamawiający przekazał pismo, w którym wyznaczył termin dostarczenia komputerów wzorcowych, a w przypadku dostarczenia sprzętu wzorcowego zgodnie z wezwaniem - wzywał do podpisania umowy w dniu 29.09.2008r. Zamawiający stwierdził, że Consortia sp. z o.o. nie dotrzymała terminu dostawy sprzętu wzorcowego, a tym samym terminu podpisania umowy.

Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 94 ust. 1a oraz art. 46 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 29.10.2008r. protest dotyczący unieważnienia postępowania złożył wykonawca Consortia sp. z o.o. Zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 94 ust. 1a ustawy Pzp, poprzez unieważnienie postępowania, pomimo braku podstaw, naruszenie art. 94 ust. 1a Pzp poprzez zaniechanie zawarcia umowy z Consortia sp. z o.o., pomimo wystąpienia okoliczności uzasadniających zawarcie umowy z wykonawcą po upływie terminu związania ofertą oraz naruszenie art. 93 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie przedstawienia uzasadnienia czynności wraz z oryginałem decyzji o unieważnieniu postępowania.

Wniesiono o unieważnienie decyzji o unieważnieniu postępowania.

W argumentacji wskazano, że upływ terminu związania ofertą nie stanowi przesłanki do unieważnienia postępowania, gdyż zgodnie z przepisem art. 94 ust. 1a Pzp „Umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zawarta po upływie terminu związania ofertą, jeżeli zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty przed upływem terminu związania ofertą, a wykonawca wyraził zgodę na zawarcie umowy na warunkach określonych w złożonej ofercie”. Wskazano, że protestujący w prowadzonej korespondencji wskazywał, że może zawrzeć umowę na dostawę oferowanych komputerów, z tym, że oferowane egzemplarze będą realizować wszystkie funkcje pierwotnie oferowane, a ponadto także inne dodatkowe funkcje, które w żadne sposób nie zmniejszają pierwotnie oferowanej funkcjonalności. Następnie protestujący wymienił rozszerzenia, jakie zaoferował – dotyczące procesora, dysku twardego, karty grafiki, monitora, systemu operacyjnego. Podsumowując, wskazał, że nowa konfiguracja oferowanego sprzętu zawiera w sobie wszystkie funkcje i cechy użytkowe starszej konfiguracji, a ponadto zawiera dodatkowe elementy poprawiające pod każdym względem użyteczność sprzętu. Odnośnie różnicy w marce dostarczonego sprzętu – wskazano, że element marki komputera nie był oceniany przez zamawiającego i w świetle przepisów prawa zamówień publicznych nie może być w ogóle brany pod uwagę. Marka komputera została podana jedynie informacyjnie.

Protestujący podkreślił, że dostarczone przez niego w dniu 24.09.2008r. komputery wzorcowe, które spełniały wszelkie kryteria SIWZ oraz warunki określone w ofercie z 7.11.2007r., nie zostały przyjęte do testów a zamawiający swoim działaniem przedłużał postępowanie, nie realizując jego celu – czyli zawarcia umowy.

Odnośnie obowiązku zawarcia umowy – wskazano, że wykonawca, w przypadku gdy zamawiający zwleka z zawarciem umowy - ma prawo do nie wyrażenia zgody na zawarcie

umowy po upływie terminu związania ofertą. W przedmiotowym przypadku jednak wola zawarcia umowy przez protestującego została wyrażona w licznych pismach wymienianych z zamawiającym.

Protestujący wskazał ponadto, że zamawiający w decyzji o unieważnieniu postępowania nie podał w wymaganym zakresie podstawy faktycznej.

Na koniec protestujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu powinno się stosować art. 94 ust. 1a ustawy Pzp sprzed nowelizacji uchwalonej w dniu 4.09.2008r.

W dniu 7.11.2008r. zamawiający oddalił protest jako bezzasadny.

W argumentacji wskazał, że wykonał wszelkie możliwe czynności i skorzystał z wszystkich przysługujących mu uprawnień, ażeby przedmiotowe postępowanie zakończyło się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wskazał na to, że w związku z orzeczeniem KIO z dnia 12.03.2008r., podtrzymującym decyzję zamawiającego dotyczącą unieważnienia postępowania zamawiający dokonał zwrotu wadium protestującemu w dniu 17.03.2008r. Oryginalna gwarancja wadialna nie znajduje się w posiadaniu zamawiającego od tamtej pory. Okoliczność braku wadium nie była brana pod uwagę przez składy orzekające Sądu Okręgowego, co doprowadziło do tego, że zamawiający wykonując sentencje wyroków Sądu – dokonał ponownego wyboru ofert, nie miał jednak podstaw do ponownego żądania złożenia wadium. Zamawiający wskazał, że wykonawca wnosił aneksy, które przedłużały ważność gwarancji wadialnej, ale z treści gwarancji wynikało, że podstawą do wystąpienia z roszczeniem o jest tylko oryginał gwarancji. Zamawiający stwierdził następnie, że w niniejszym postępowaniu nastąpiły okoliczności skutkujące zatrzymaniem wadium tj. odmowa podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie bądź też niemożliwość zawarcia umowy, która nastąpiła z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Dodatkowo zamawiający wskazał, że w dniu 19.09.2008r. upłynął termin związania ofertą, protestujący pismem z 25.09.2008r. zwrócił się do zamawiającego o zwrot oryginałów aneksów gwarancji wadialnej oraz gwarancji zabezpieczającej należyte wykonanie zamówienia a zamawiający w odpowiedzi zwrócił mu te dokumenty w dniu 30.10.2008r.

Zamawiający w dalszej argumentacji przywołał stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z 23.10.2005r. III CZP 74/05, na okoliczność, że informacje zawarte w dokumentach załączonych do oferty stanowią jej treść. Następnie zamawiający wskazał, że w swojej ofercie protestujący podał komputer Lenovo Think Centre M57 typ 6068 oraz Lenovo Think Centre M57 typ 6069 – wymieniając jako producenta wielokrotnie Lenovo lub Samsung. Zamawiający podkreślił ponadto, że jako dokumenty wymagane – załączone zostały do oferty protestującego – oświadczenie o wielkości serii z której pochodzą oferowane komputery, deklaracje o zgodności z normami ISO, deklaracje zgodności CE dla

komputera oraz monitora, wydruki potwierdzające poprawną pracę z Windows XP i dotyczyły produktów Lenovo i Samsung oraz pochodziły od tych producentów. Zamawiający wskazał, że w jego ocenie informacje dotyczące producenta stanowiły treść oferty. Sytuacja polegająca na zmianie komputerów pierwotnie zaoferowanych w ofercie była dla zamawiającego nie do zaakceptowania. Protestujący niesłusznie przywołał w proteście art. 140 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż w postępowaniu nie nastąpiły nadzwyczajne okoliczności, które skutkowałyby możliwością zmiany sposobu świadczenia.

W dniu 12.11.2008r. odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu złożył wykonawca Consortia sp. z o.o. Zarzucił zamawiającemu - tak jak w proteście - naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 94 ust. 1a ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo braku podstaw, naruszenie art. 94 ust. 1a Pzp poprzez zaniechanie zawarcia umowy z Consortia sp. z o.o., pomimo wystąpienia okoliczności uzasadniających zawarcie umowy z wykonawcą po upływie terminu związania ofertą oraz naruszenie art. 93 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie przedstawienia uzasadnienia czynności wraz z oryginałem decyzji o unieważnieniu postępowania. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i zasądzenie kosztów postępowania.

W argumentacji wskazano, że upływ terminu związania ofertą Consortia sp. z o.o. nie stanowi przesłanki unieważnienia postępowania – zgodnie z możliwością o której mowa w art. 94 ust. 1a Pzp. Odwołujący wskazał, że wielokrotnie wykazywał wolę zawarcia umowy z zamawiającym a obecne dostarczenie sprzętu odpowiada potrzebom zamawiającego – sprzęt spełnia wszystkie zawarte w ofercie funkcje. Stwierdzono, że marka oferowanych komputerów nie była elementem oferty, gdyż nie była oceniana w ramach oceny ofert ani pod względem zgodności z treścią SIWZ.

Odnosnie kwestii zwrotu dokumentu gwarancji wadialnej – wskazano, że zamawiający powołuje się na to dopiero w rozstrzygnięciu protestu. Następnie wskazano, że oferta odwołującego była przez cały czas trwania postępowania zabezpieczona wadium a zwrot oryginału gwarancji ubezpieczeniowej po pierwszym unieważnieniu postępowania nie miał znaczenia dla ważności wadium. Dokument gwarancji stanowi jedynie dowód wniesienia wadium, a wadium jest wniesione i spełnia swoje funkcje w postępowaniu, pomimo chwilowego nie posiadania oryginału dokumentu potwierdzającego udzielenie gwarancji. Zamawiający wykazał się znaczną niekonsekwencją, gdyż prowadził postępowanie przez 4 miesiące, mimo istnienia wady w postaci nie zabezpieczenia jedynej ważnej oferty wadium. Fakt zwrotu oryginałów aneksów gwarancji wadialnej i gwarancji zabezpieczającej należyte wykonanie zamówienia nie miał znaczenia, gdyż termin ważności gwarancji upłynął w dniu 19.09.2008r.

Odwołujący wskazał ponadto, że nie powoływał się w proteście na treść art. 140 ust. 2 ustawy Pzp. Zaproponowanie komputerów spełniających warunki SIWZ a ponadto posiadających dodatkowe funkcje powoduje, że argumentacja zamawiającego oparta o celowość i oszczędność wydatkowania środków publicznych jest niezrozumiała. Zamawiający nie skorzystał z uprawnienia do przetestowania oferowanych przez odwołującego komputerów – dopiero po przeprowadzeniu testów mógłby stwierdzić, że sprzęt nie jest zgodny z wymogami SIWZ i ofertą. Na koniec wskazano, że zamawiający ma obecnie obowiązek zawarcia umowy z odwołującym na warunkach określonych w złożonej ofercie a potwierdzonych w piśmie z dnia 24.09.2008r.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty odwołującego, oraz treść korespondencji pomiędzy zamawiającym i odwołującym oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony zarządzeniem Prezesa Izby do rozpatrzenia sprawy ustalił i zważył, co następuje.

W przedmiotowym postępowaniu istotne znaczenie mają następujące kwestie – kwestia zgodności zaoferowanego sprzętu wzorcowego z ofertą złożoną w postępowaniu przez odwołującego, kwestia ciągłości zabezpieczenia wadium dla oferty odwołującego, jak również kwestia możliwości podpisania umowy pomimo upływu terminu związania ofertą.

Dla rozstrzygnięcia kwestii zgodności zaoferowanego sprzętu wzorcowego z ofertą złożoną w postępowaniu Krajowa Izba Odwoławcza przeprowadziła analizę oryginału oferty odwołującego. W wyniku dokonania powyższej czynności, stwierdzono, że na str. 46-50 oferty odwołującego znajdują się certyfikaty dotyczące producenta komputerów LENOVO a na str. 56 – 60 znajdują się dokumenty potwierdzające uzyskanie certyfikatu ISO 14001 dla LENOVO. Deklaracje zgodności CE dla oferowanych komputerów oraz monitorów – znajdujące się na str. 64-69 oferty – dotyczą urządzeń Think Centre M57 typ 6068 i Think Centre M57 typ 6069, ThinVision L171p typ 9417 oraz SyncMaster 204B – produkowanych przez LENOVO oraz SAMSUNG. Na str. 70-74 oferty odwołującego znajdują się certyfikaty TCO 03 dla monitorów LENOVO ThinVision L171p. Na str. 83-99 oferty odwołującego znajdują się certyfikaty Microsoft potwierdzające poprawną współpracę oferowanych komputerów i monitorów z systemem operacyjnym Windows XP – dla urządzeń Think Centre M57 typ 6068 i Think Centre M57 typ 6069, ThinVision L171p typ 9417 oraz SyncMaster 204B. Również dokumenty dotyczące realizacji serwisu komputerów – dotyczyły komputerów i monitorów LENOVO. Wobec powyższego – należało uznać, że istotnym elementem oferty było zadeklarowanie marki i typu danego komputera oraz monitorów, gdyż miało to

konsekwencje w postaci oceny pod względem zgodności z wymaganiami SIWZ. Potwierdzają to zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – w rdz. I – opis przedmiotu zamówienia, gdzie w tabelach w pkt 18 wyszczególnione zostały dokumenty i certyfikaty, jakie posiadać musi oferowany sprzęt. Argumentacja odwołującego oparta o fakt braku marki producenta w elementach podlegających ocenie jest więc bezzasadna – zamawiający w trakcie oceny ofert badał ww. certyfikaty i dokumenty, i dotyczyły one konkretnych produktów. W przedmiotowej sytuacji sprzęt dostarczony do zamawiającego jako wzorcowy wyprodukowany został przez innego producenta – DELL a istotne elementy oferty – tj. certyfikaty, dokumenty i oświadczenia – dotyczyły LENOVO i SAMSUNG. Krajowa Izba Odwoławcza uznała za bezsporną kwestię większej funkcjonalności sprzętu, który został dostarczony jako wzorcowy – lepsze parametry procesora, większa pojemność dysku twardego, większa pamięć operacyjna – nie ulega wątpliwości, że wzorcowy sprzęt dostarczony do testów spełniał podstawowe funkcje sprzętu zaoferowanego w ofercie. Również zamawiający nie negował takich okoliczności. Istotne znaczenie ma jednak to, że oferta odwołującego dotyczyła w swojej istotnej części sprzętu zupełnie innego, a dokumenty stanowiące jej istotną treść dotyczyły sprzętu zupełnie innego. W rezultacie – nie powinno dojść do podpisania umowy na podstawie tej oferty w przypadku dostarczenia sprzętu DELL, jako wzorcowego, ponieważ certyfikaty i inne dokumenty stanowiące istotną część oferty nie dotyczyły tego sprzętu.

Zastosowanie art. 94 ust. 1a w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 4.09.2008r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw – nie byłoby w przedmiotowej sytuacji możliwe – z uwagi na to, że wyrażenie zgody na zawarcie umowy przez odwołującego – nastąpiło nie na warunkach określonych w złożonej ofercie.

Istotny problem prawny dotyczył kwestii ciągłości zabezpieczenia wadium oferty odwołującego w niniejszym postępowaniu – pojawił się w momencie wydania wyroku w dniu 15.05.2008r. przez Sąd Okręgowy w przedmiotowym postępowaniu wobec faktu zwrotu oryginału gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącej dowód wniesienia wadium odwołującemu w dniu 17.03.2008r. W niniejszej sytuacji zapis z gwarancji wadialnej „Podstawą do wystąpienia z roszczeniem o wypłatę jest tylko i wyłącznie niniejszy oryginał gwarancji” powodował, że w sytuacji braku posiadania oryginału gwarancji prawa zamawiającego były ograniczone. Zamawiający przyznał, że niefortunnym było prowadzenie postępowania pomimo nie posiadania oryginału dokumentu gwarancji. Jednak zgodnie z art. 46 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający zwrócił dokument potwierdzający wniesienie wadium, gdyż postępowanie zostało unieważnione, a protesty zostały ostatecznie rozstrzygnięte. Powoduje to wadę uniemożliwiającą zawarcie umowy, jednak w ustalonym stanie faktycznym nie można przypisać winy żadnej ze stron, gdyż działały zgodnie z ustawą

i próbowały zastosować się do zapadających rozstrzygnięć przed KIO oraz Sądami Okręgowymi. Nie ulega jednak wątpliwości, że brak zabezpieczenia wadium w stosunku do oferty powoduje obiektywną niemożność jej wyboru jako najkorzystniejszą. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 19.05.2008r. sygn. V Ca 788/08 wskazał „Za trafny należy uznać pogląd Krajowej Izby Odwoławczej, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji określonej w art. 45 ust. 1 ustawy Pzp, oferta musi być zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą.” Tego rodzaju wskazanie jest jednoznaczne. W sytuacji przedmiotowej zamawiający oświadczył, że od 17.03.2008r. nie był w posiadaniu oryginału gwarancji ubezpieczeniowej, a od 19.09.2008r. w ogóle nie było zabezpieczenia w związku z upływem terminu związania ofertą. Tym samym – brak jest możliwości zawarcia umowy na podstawie dotychczasowej oferty.

Reasumując – unieważnienie postępowania przez zamawiającego, dokonane na podstawie art. 93 ust. 1, w zw. z art. 94 ust. 1a i 46 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – zostało dokonane zasadnie, wobec upływu terminu związania ofertą i utratę ważności gwarancji wadialnej. Krajowa Izba Odwoławcza uznała jednak, że dochodzenie praw wynikających z gwarancji wadialnej w niniejszym postępowaniu – pomimo stwierdzenia upływu jej ważności dopiero w dniu 19.09.2008r. (vide pismo z dnia 22.10.2008r.) wobec zapisów w niej zawartych i braku oryginału głównego dokumentu – mogłoby być ograniczone i nieskuteczne.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

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

Izba dokonuje zwrotu kwoty 15 936 zł z uwagi na to, że Odwołujący uiścił wpis w kwocie 20 000 zł, pomimo, że powinien, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym oraz sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2007 r. Nr 128, poz. 886, zm.2008 r. Nr 182, poz. 1122) uiścić wpis w kwocie 15 000 zł.

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 w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*