

Sygn. akt: KIO/UZP 774/08

WYROK
z dnia 8 lipca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Członkowie: **Renata Tubisz**
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**SPINEL**” Sp. z o.o., 50-449 Wrocław, ul. Podwale 75 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, 50-411 Wrocław, ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12-14** protestu z dnia 14 lipca 2008r.

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

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża „**SPINEL**” Sp. z o.o., 50-449 Wrocław, ul. Podwale 75 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez „**SPINEL**” Sp. z o.o., 50-449 Wrocław, ul. Podwale 75,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (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 „**SPINEL**” **Sp. z o.o., 50-449 Wrocław, ul. Podwale 75.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zakup sprzętu komputerowego urządzeń komputerowych wraz z serwisową obsługą eksploatacyjną oraz dostawą podstawowych materiałów eksploatacyjnych, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE nr 2008/S 39 - 053905 z 26.02.2008 r.), w dniu 14 lipca 2008 r. został wniesiony protest a następnie odwołanie przez Spinel Sp. z o.o. z Wrocławia na zaniechanie przez Zamawiającego ponownego pełnego badania wszystkich ofert, zaniechanie odrzucenia oferty KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. z Wrocławia, o którym to fakcie Odwołujący powziął wiadomość z pisma z dnia 9 lipca 2008 r. powiadamiającego o wyniku ponownego badania i oceny złożonych ofert oraz o odrzuceniu jedynie oferty Global Technology Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Województwu Dolnośląskiemu – Urzędowi Marszałkowskiemu we Wrocławiu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655):

- art. 24 ust. 2 pkt 4 przez zaniechanie wykluczenia KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. z powodu nieskutecznego złożenia wadium na przedłużony okres związania ofertą,
- art. 7 ust. 1 wobec nierównego traktowania oferentów przez zaniechanie badania wszystkich ofert, a w szczególności zaniechanie badania oferty KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o.,
- zaniechanie odrzucenia ofert firm KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. oraz Global Technology Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wobec nie

złożenia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, przedstawionym w piśmie z dnia 9 maja 2008 r. wzywającym do uzupełnienia dokumentów,

- art. 82 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wobec faktu, że treść oferty KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ, nadto została zmieniona,
- art 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 Pzp wobec wyboru oferty niezgodnie z przepisami, na podstawie niejasnych kryteriów a w szczególności wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie 3 ofert, w tym jednej odrzuconej.

W uzasadnieniu faktycznym zarzutów Odwołujący podał, że wybrany wykonawca nie złożył dokumentu wadium na przedłużony okres związania ofertą prawidłowo to znaczy do kasy Zamawiającego, jak podano piśmie z 6 czerwca 2008 r., a szczególnie w rozdziale VIII SIWZ, natomiast przekazał za pokwitowaniem aneks nr 2 do gwarancji ubezpieczeniowej w oryginale w innym miejscu siedziby Zamawiającego, to jest w kancelarii ogólnej.

Podniósł również, że Zamawiający wbrew obowiązującym regułom nie przeprowadził ponownej równoczesnej oceny wszystkich ofert, a ograniczył się jedynie do badania oferty Global Technology Sp. z o.o. i jej odrzucenia.

W ocenie Odwołującego skoro Zamawiający w rozstrzygnięciu pierwszego protestu, tj. z dnia 28.05.2008r. poinformował, że powtórzy oprotestowaną czynność oceny ofert, to winien ją przeprowadzić z uwzględnieniem wszystkich ofert.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 lipca 2007 r. do postępowania wywołanego wniesieniem protestu w dniu 17 lipca 2008 r. przystąpił wykonawca KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o., który opowiedział się za utrzymaniem wyboru jego oferty. Podniósł, iż prawidłowo zabezpieczył swoją ofertę wadium na okres od 17 czerwca 2008 do 17 lipca 2008 r. przez złożenie aneksu nr 2 do gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Oddział we Wrocławiu.

Pismem z dnia 22 lipca 2008 r. Zamawiający odrzucił protest. W uzasadnieniu podał, że jest to kolejny protest tego samego wykonawcy, a zatem niedopuszczalny. Ponowny wybór tej samej oferty został dokonany zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem pierwszego protestu Odwołującego z 28 maja 2008 r. wniesionego na wybór oferty KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o., który to protest został oddalony. Zatem ponownemu merytorycznemu rozpatrzeniu zarzutów protestu przeciwko wybranej ofercie, stoją na przeszkodzie postanowienia art. 181 ust. 6 Pzp, które stanowią, że wykonawca wnoszący protest i wykonawca wezwany nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Zamawiający potwierdził, że na jego wezwanie z dnia 6 czerwca 2008 r. wybrany wykonawca złożył aneks nr 2 do gwarancji ubezpieczeniowej na wskazany okres niezbędny do zabezpieczenia oferty do czasu zawarcia umowy. Wezwanie nie powieliło zapisów rozdziału VIII SIWZ dotyczącego obowiązku skutecznego wniesienia wadium w kasie siedziby Zamawiającego, zatem sposób wniesienia wadium uznał za prawidłowy.

W odwołaniu wniesionym w dniu 25 lipca 2008 r., z kopia przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o:

1. nakazanie unieważnienia wyboru oferty KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. oraz nakazanie:

- wykluczenie tego wykonawcy za brak wadium,
- odrzucenie oferty jako bezpodstawnie zmienionej i niezgodnej z SIWZ
- ze względu na nieodpowiednie do wymogów technicznych parametry
- sprzętu, nie złożenie dokumentów potwierdzających, że oferowane
- dostawy odpowiadają wymaganiom specyfikacji technicznej.

2. nakazanie powtórzenia badania i oceny ofert zgodnie z rozstrzygnięciem poprzedniego protestu pismem Zamawiającego z dnia 6 czerwca 2008 r.

Odwołujący podniósł, że przed ponowną oceną ofert, w wyniku rozstrzygnięcia jego protestu z dnia 28 maja 2008 r. nie miał podstaw do korzystania ze środków ochrony prawnej. Natomiast Zamawiający wbrew zapowiedziom w rozstrzygnięciu protestu, nie przeprowadził pełnego ponownego badania wszystkich ofert podlegających ocenie, lecz tylko ograniczył się do odrzucenia oferty Global Technology Sp. z o.o., natomiast pozostawił w mocy pierwotny wybór oferty KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o.

Argumentację Zamawiającego, że protest był niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 Pzp uznał za chybioną, gdyż w ocenie Odwołującego protest dotyczył nowych okoliczności, o których powziął wiadomość po zapoznaniu się z uzupełnionymi dokumentami oferty KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. i wynikami ponownej oceny ofert przeprowadzonej przez Zamawiającego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej dopuścił i przeprowadził dowody: z dokumentacji akt sprawy, protokołu postępowania wraz z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. wraz z uzupełnieniami i wyjaśnieniami.

Ponadto rozważył stanowiska pełnomocników Zamawiającego i reprezentanta Odwołującego, przedstawione do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił, co następuje.

W wyznaczonym terminie do 17 kwietnia 2008 r. wpłynęły 4 oferty (Druk ZP–20), z czego 2 zostały ostatecznie odrzucone.

Termin związania ofertą wynosił 60 dni, uległ zawieszeniu na czas rozstrzygnięcia protestów. Według wyjaśnień Zamawiającego oferty KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. i Odwołującego nadal pozostają zabezpieczone wadium do dnia 17.08.2008r.

Wykonawca wybrany KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 481 976,86 zł. w jedynym kryterium ceny, natomiast Odwołujący podał cenę oferty 578 615,50 zł.

Pismem z dnia 21 maja 2008 r. Zamawiający powiadomił o wyborze oferty KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o.

Na tą czynność protest w dniu 28 maja 2008 r. wniósł Odwołujący Spinel Sp. z o.o., w którym zarzucił Zamawiającemu :

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 , art. 24 ust. 2 pkt 2 przez zaniechanie wykluczenia KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o.
 - za brak należytego zabezpieczenia oferty wadium,
 - za podanie przez KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. nieprawdziwych informacji co miało wpływ na wynik postępowania,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, gdyż oferowany sprzęt nie spełnia wymagań SIWZ zapisanych w specyfikacji technicznej;
 - brak podania modelu komputerów PC-1 i PC-2 Maxdata Favorit, a jedynie ściśle oznaczone modele obsługują wymagane technologie,
 - zaofertowana drukarka DK-1 Lexmark E 352 dn nie obsługuje wymaganej gramatury papieru 200 g/m²
3. oprotestowane zostało również zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Global Technology Sp. z o.o.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 maja 2008 r. do postępowania wywołanego złożeniem protestu pismem z dnia 30 maja 2008 r. przystąpił wybrany wykonawca KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. wyjaśnił, że podnoszone przeciwko jego ofercie zarzuty nie znajdują potwierdzenia bowiem komputery Maxdata Favorit oferowane w przetargu są wyposażone w kontroler ATA/133 i spełniają następujące wymagane parametry; posiadają port SPEDIF out, 2x port FireWire 1394, porty SATAII–5szt, są

kompatybilne z pamięciami DDR2–533 PC–4300, napęd DVD obsługuje technologie Burn Proof.

Drukarka Lexmark E352dn ma opcję ustawienia sterowników umożliwiających wydruki na nośnikach o gramaturze powyżej 163 g/m².

Przedłożył pismo firmy Maxdata Sp. z o. o. z 29 maja 2008 r. i firmy Lexmark z 30 maja 2008 r., które potwierdzają udzielone wyjaśnienia.

Rozstrzygnięciem dokonanym dnia 6 czerwca 2008 r. w części dotyczącej zarzutów przeciwko ofercie KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. protest został oddalony, a podniesione względem oferty tego wykonawcy zarzuty Zamawiający uznał za bezzasadne. Z uwagi na uwzględnienie tego protestu w części odnoszącej się do wykonawcy Global Technology Sp. z o.o., Zamawiający postanowił powtórzyć czynność oceny ofert.

Odwołujący nie wniósł odwołania od przedstawionego rozstrzygnięcia. W dniu 9 czerwca 2008 r. złożył natomiast następny protest, podtrzymując zarzut nienależytego zabezpieczenia wadium ze strony KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. przez to, że nie został podany numer pod jakim toczy się to postępowanie.

W zakresie zarzutów dotyczących parametrów technicznych podtrzymane zostało, że Zamawiający zaniechał odrzucenia kwestionowanej oferty, mimo iż nie spełnia ona wymagań opisu technicznego przedmiotu zamówienia w zakresie wskazanych w proteście parametrów.

Podniesione zostało, że firma KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. wskutek udzielonych wyjaśnień zmieniła parametry techniczne oferowanego sprzętu, to jest rodzaj slotów, co przesądza o niedopuszczalnej zmianie treści oferty, gdyż nowy opis specyfikacji technicznej komputera nie jest dopuszczalny.

Odwołujący stwierdził, że przyłącza się do protestu firmy KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o., o którym nie został prawidłowo powiadomiony.

Do postępowania protestacyjnego w dniu 30 maja 2008 r. przystąpił wybrany wykonawca, który wyjaśnił wątpliwości Odwołującego oraz przedstawił dowody na obronę prawidłowości swojej oferty.

Protest Odwołującego z dnia 9 czerwca 2008 r. został oddalony w całości przez Zamawiającego pismem z dnia 19 czerwca 2008 r. Zarzut braku właściwego zabezpieczenia oferty wybranego wykonawcy ponownie nie został uwzględniony. Zarzut niedopuszczalnego uzupełniania oferty po terminie jej złożenia, Zamawiający uznał za spóźniony i bezzasadny. Podkreślił, że uzupełnienie dokumentów oferty wybranego wykonawcy na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp miało miejsce przed wyborem oferty firmy KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. w dniu 21 maja 2008 r., stąd zarzut protestu jest spóźniony, a ponowne powoływanie w następnym proteście tych samych okoliczności jest

niedopuszczalne art. 181 ust. 7 Pzp. Nie został złożony żaden protest przez firmę KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o., o którym należało powiadomić wykonawców, a jedynie zgłoszono przystąpienie do postępowania protestacyjnego Odwołującego.

Od opisanego rozstrzygnięcia protestu nie zostało wniesione odwołanie. Stało się ono ostateczne po upływie terminu na wniesienie środka zaskarżenia.

Na podstawie materiału dowodowego sprawy skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał, że we wszystkich trzech protestach w części odnoszącej się do oferty KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. podnoszone były te same zarzuty:

1. brak należytego zabezpieczenia oferty wadium,
2. odnoszące się do wskazanych nieprawidłowych parametrów sprzętu w stosunku do wymagań SIWZ,
3. niedopuszczalnej zmiany treści oferty w formularzu – szczegółowym opisie parametrów przedmiotu zamówienia,
4. zaniechanie przez Zamawiającego wyeliminowania kwestionowanej oferty z postępowania.

Jedyną nową okolicznością stanowiło stwierdzenie, że aneks nr 2 do gwarancji ubezpieczeniowej KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. nie został złożony w kasie Zamawiającego, co w ocenie Odwołującego stanowiło o braku wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą.

W opisanych wyżej okolicznościach w odniesieniu do zarzutów z pkt 2, 3 i 4 Zamawiający zasadnie odrzucił protest z dnia 14 lipca 2008 r. jako niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 i 7 Pzp, który to przepis uniemożliwia złożenie następnego protestu na czynności wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem poprzedniego protestu w tym samym postępowaniu. Nie jest też dopuszczalne wnoszenie kolejnych protestów, powołujących te same okoliczności, które uprzednio podlegały rozpatrzeniu. Stanowisko Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestów, zawarte w piśmie z dnia 6 czerwca 2008 r. jak i 19 czerwca 2008 r. w odniesieniu do oferty KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. było jednoznaczne, że nie uwzględnił żadnych zarzutów Odwołującego przeciwko wymienionej ofercie. W tych okolicznościach Odwołujący nie ma podstaw do twierdzenia, że skoro Zamawiający postanowił powtórzyć czynność oceny ofert, z uwagi na uwzględnienie zarzutów przeciwko innej ofercie – Global Technology Sp. z o.o., było to równoznaczne z tym, że w powtórnej ocenie oferta wybranego wykonawcy zostanie odrzucona.

Odwołujący obecnie nie może kwestionować w drodze nowego protestu i odwołania czynności Zamawiającego, które stały się ostateczne z datą upływu terminu na wniesienie odwołań od rozstrzygnięć poprzednich protestów. Odwołujący był świadomy, że w odniesieniu do parametrów technicznych sprzętu, podanych w ofercie KEN Technologie

Informatyczne Sp. z o.o. i pozostałych zarzutów, jego protesty zostały jednoznacznie oddalone, mimo tego nawet nie skorzystał z wniesienia dalszych środków odwoławczych. Zatem oczywiste było, że po ponownej ocenie ofert, odrzucona może być jedynie oferta Global Technology Sp. z o.o. a nie oferta KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że przedstawione zarzuty były spóźnione i niedopuszczalne na podstawie przepisów art. 181 ust. 6 i 7 Pzp. Z tych względów pozostawiła je bez merytorycznego rozpoznania.

Natomiast merytorycznemu rozpatrzeniu podlegał zarzut nieskutecznego wniesienia wadium przez złożenie aneksu nr 2 do gwarancji ubezpieczeniowej w Kancelarii Ogólnej Zamawiającego. Izba na podstawie przedłożonych oryginalnych dokumentów stwierdziła, że wykonawca KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. na wezwanie Zamawiającego z dnia 6.06.2008r. złożył aneks nr 2 do gwarancji ubezpieczeniowej nr 000536/BW/08/08 wystawionej przez UNIQA TU S.A. Oddział we Wrocławiu na przedłużony okres związania ofertą od 17.06.2008r. do 17.07.2008r., z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia przez cały okres związania ofertą. W ocenie KIO nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Odwołującego, że złożenie wymienionego dokumentu w innym miejscu niż w kasie Zamawiającego powodowało nieskuteczność zabezpieczenia oferty wadium. W dniu 11.06.2008r. wybrany wykonawca powiadomił o przedłużeniu gwarancji przesyłając jej kopię Zamawiającemu, a w dniu 17.06.2008r. przed upływem terminu ważności poprzedniej gwarancji złożył nową gwarancję w oryginale u Zamawiającego za otrzymanym pokwitowaniem. Wymieniony dokument pozostawał w dyspozycji i do oceny komisji przetargowej od 17.06.2008r. i w wewnętrznym obiegu dokumentów Zamawiającego 20.06.2008r. został zdeponowany w kasie siedziby Zamawiającego.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, że Zamawiający „z urzędu” winien uwzględnić zarzuty przeciwko wybranej ofercie, skoro ich podniesienie w proteście Odwołującego było spóźnione i niedopuszczalne.

W tym stanie rzeczy KIO oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 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/~~postanowienie~~* - 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*