

Sygn. akt: KIO/UZP/ 72/08

**WYROK**  
**z dnia 13 lutego 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Izabela Niedziałek  
**Członkowie:** Małgorzata Stręciwilk  
Andrzej Niwicki  
**Protokolant:** Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie\* w dniu/dniach\* 13 lutego 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **MWM Sp. z o.o., ul. Grottgera 35, Gliwice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kopalnia Soli „Wieliczka” Spółka Akcyjna, Park Kingi 1, Wieliczka** protestu/protestów\* z dnia 3 stycznia 2008 r.

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 **MWM Sp. z o.o., ul. Grottgera 35, Gliwice** 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 **MWM Sp. z o.o., ul. Grottgera 35, Gliwice**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **xxx** zł **xxx** gr (słownie: **xxx** ) przez **xxx** na rzecz **xxx** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **xxx**

- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx 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 **MWM Sp. z o.o., ul. Grottgera 35, Gliwice**

### UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie na terenie Kopalni Soli „Wieliczka” systemu monitoringu wizyjnego CCTV, o sygnaturze KSW/2007/EN/57. W dniu 28 grudnia 2007 roku, Zamawiający przekazał wykonawcom informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 (Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655), wskazując w uzasadnieniu na niezgodność opisu urządzeń w poz. 28, 29, 30 i 31 załącznika nr 1 do SIWZ z dokumentacją techniczną, co miało wpływ na sporządzenie ofert, które tym samym zawierają w sobie sprzeczność, będącą konsekwencją błędu Zamawiającego.

Odwołujący, w dniu 3 stycznia 2008r. wniósł protest, wskazując w nim, że wykonawcy zaoferowali te same urządzenia tych samych producentów, jakich wymagał Zamawiający i nie stanowi to przeszkody do dokonania badania i oceny ofert, a następnie rozstrzygnięcia postępowania.

Zamawiający nie ustosunkował się do wniesionego protestu, co zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy oznacza, iż protest został oddalony. Termin na wniesienia odwołania rozpoczął zatem swój bieg z upływem dziesięciodniowego terminu na jego rozstrzygnięcie określonego w art. 183 ust. 2 ustawy, czyli od dnia 13 stycznia 2008 roku.

W związku z brakiem rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, Odwołujący wniósł w dniu 15 stycznia 2008 r. roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując w nim zarzuty zawarte w proteście i żądając uwzględnienie odwołania, anulowania czynności unieważnienia postępowania oraz nakazania Zamawiającemu dokonania czynności oceny i wyboru oferty.

Interes prawy Odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w tym, iż w związku z unieważnieniem postępowania, jego oferta jako najkorzystniejsza według jedynego kryterium ceny nie została wybrana.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie przedłożonej dokumentacji oraz złożonych przez strony wyjaśnień ustalił i zważył co następuje.

Na wstępie skład orzekający wyjaśnia, iż Odwołujący wypełnił obowiązek jednoczesnego przekazania kopii odwołania do Zamawiającego przez nadanie go faksem przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Dowód z przekazania kopii odwołania Zamawiającemu w terminie na złożenie odwołania nie został obalony przez Zamawiającego. Podnoszony przez Zamawiającego zarzut nie zachowania formy pisemnej kopii odwołania nie znajduje uzasadnienia w zapisie art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z którego wynika obowiązek przekazania jedynie kopii odwołania, a nie na przykład jego uwierzytelnionego odpisu. Sposób przekazania Zamawiającemu kopii odwołania nie został sprecyzowany przez ustawodawcę. Nie oznacza to jednak, iż Zamawiający może sam go ograniczyć. Wykonawca dopełnił obowiązku i nadał faksem treść odwołania, która potwierdzona została pisemnie Zamawiającemu w dniu 21 stycznia 2008 r. Zamawiający zatem miał możliwość powzięcia informacji o wniesieniu odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia i cel dyspozycji przepisu art. 184 ust. 2 ustawy został przez to osiągnięty.

Co do zarzutów objętych odwołaniem skład orzekający Izby uznał je za niezasadne. Przyczyną unieważnienia postępowania przez Zamawiającego było mylne oznaczenie dla pozycji: 28, 29, 30, 31 załącznika nr 1 do formularza oferty (Monitoring wizyjny CCTV), producenta oraz numeru katalogowego produktów. Jak wyjaśniał Zamawiający w miejsce wskazanych produktów katalogowych firmy HP, powinny zostać wymienione produkty katalogowe CISCO, co odpowiadałoby oznaczeniom umieszczonym w kolumnie „nazwa materiału”. W załączniku nr 6 do specyfikacji, stanowiącym projekt wykonawczy, w rozdziale 6.5.5, podano przykładowe wzorce urządzeń spełniających minimalne wymagania funkcjonalne określone w „Projekcie systemu monitoringu wizyjnego CCTV”. I tak dla przełącznika 48 portowego przykładowy model Cisco Catalyst WS-C3750E-48TD, a dla przełącznika 24 portowego Cisco Catalyst WS-C3750E-24TD-S. Wskazane przykładowo urządzenia zostały wprowadzone następnie do kosztorysu w kolumnie „Nazwa materiału” w pozycjach lp. 30 i 31. Tym samym wskazane w kosztorysie numery katalogowe producenta HP nie spełniają wymagań funkcjonalnych określonych w rozdziale 6.5.5 „Projekt systemu monitoringu wizyjnego CCTV”. Ponieważ różnica w cenie pomiędzy oczekiwanymi przez Zamawiającego przełącznikami CISCO wskazanymi w kolumnie „nazwa materiału”, a błędnie podanymi przełącznikami firmy HP w kolumnach „Producent” oraz „Nr. Katalogowy/typ.” wynosi około 120000 złotych, nie pozwala to w ocenie Zamawiającego dokonać poprawnej oceny ofert w oparciu o kryterium ceny. W związku z zaistniałą niezgodnością w opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający uznał, że oferty są wewnętrznie sprzeczne, a

postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co uzasadnia unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Zdaniem Odwołującego zaistniała rozbieżność w kosztorysie nie stanowi podstawy do unieważnienia postępowania, ponieważ wszyscy wykonawcy zaoferowali te same produkty HP, jak wskazane przez Zamawiającego, a ich oferty są porównywalne i mogą być oceniane.

Na podstawie przedłożonych ofert oraz wyjaśnień stron, skład orzekający Izby uznał, iż Zamawiający nie mógł dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców.

Na podstawie pkt 3.3 SIWZ, ustalono, że Zamawiający wymagał, aby wykonawcy zastosowali sprzęt marki BOSCH lub inny wskazany przez Zamawiającego w kosztorysie, stanowiącym załącznik nr 1 do oferty, dopuszczając jednocześnie zastosowanie sprzętu równoważnego do wskazanego. Wykonawcy zobowiązani zostali w tym przypadku do załączenia do oferty dokumentacji technicznej oferowanego sprzętu.

Wskazane w kosztorysie produkty HP nie spełniały części wymagań określonych w projekcie wykonawczym. W zakresie przełącznika 48 – portowego produkt HP posiada niższe parametry pamięci FLASH (16) oraz DRAM (128), nie umożliwia rozbudowy o protokoły BGP, jak również nie posiada możliwości rozbudowy do funkcjonalności Policy Based Routing, jak również DHCP Server, nie zapewnia obsługi 1000 sieci VLAN, jedynie 256, a także ogranicza pasmo dostępne na danym porcie dla ruchu o danej klasie obsługi z dokładnością do 100 kb/s, a nie do 16 Kbps lub mniej, jakiej wymagał Zamawiający. Tym samym produkt HP nie może być uznany za równoważny w stosunku do opisu parametrów technicznych projektu wykonawczego, czemu również nie zaprzecza Odwołujący. Ponadto różnica w cenie pomiędzy wskazanymi w „Nazwie materiału” produktami CISCO, a podanymi w dalszych rubrykach kosztorysu, produktami HP, wynosi niemalże 100 %. Na podstawie przedłożonych ofert, wynika, iż co najmniej w ofercie jednego z Wykonawców IMPEL SECURITY TECHNOLOGIES Sp. z o.o., zaoferowane zostały produkty CISCO, na co wskazuje różnica w cenie ponad dwukrotnie wyższej, w stosunku do oferty Odwołującego, który zaoferował produkty HP (nr poz. 30 i 31). Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego o porównywalności złożonych ofert, skoro część wykonawców zaoferowała produkt odpowiadający wymaganiom Zamawiającego, a część, kierując się błędnym oznaczeniem producenta, produkty nie spełniające tych wymagań, co miało dodatkowo bezpośrednie przełożenie na ceny ofert.

Bezspornym w przedmiotowej sprawie jest fakt, iż winę za powstałą niespójność specyfikacji ponosi Zamawiający, który miał realną możliwość naprawienia swojego błędu

jeszcze przed otwarciem ofert. Jak wynika z dokumentacji postępowania, w dniu 30 listopada 2007 roku, jeszcze przed upływem terminu do składania ofert, do Zamawiającego wpłynęło zapytanie od Wykonawcy IMPEL SECURITY TECHNOLOGIES Sp. z o.o., o wyjaśnienie zapisów SIWZ i załączników, dokładnie w tym samym zakresie, jaki wskazał Zamawiający jako podstawę do unieważnienia postępowania. Zamawiający nie udzielił odpowiedzi. Pomimo, iż zapytanie wpłynęło później niż na sześć dni przed upływem terminu składania ofert, Zamawiający mógł na nie odpowiedzieć, jak również zmodyfikować treść załącznika, przedłużając jednocześnie termin na składanie ofert. Po otwarciu ofert, kiedy okazało się, że część wykonawców złożyła ofertę na produkty HP, Zamawiający mógł jedynie unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7.

Zgodnie z powołaną podstawą prawną z art. 93 ust 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ocena, czy występująca wada skutkuje niemożnością zawarcia ważnej umowy, oceniane być musi w kontekście ewentualnego zawarcia umowy dotkniętej bezwzględną nieważnością. Podobnie stwierdził Sąd Okręgowy w Poznaniu, który w postanowieniu z dnia 4.11.2005r. (sygn. II Ca 941/05), wskazał, iż wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia, że powoduje jej bezwzględną nieważność. Wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Naruszenie fundamentalnych zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, skutkuje nieważnością umowy, zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania. Skład orzekający Izby uznał, iż wskutek zaistniałego błędu w opisie przedmiotu zamówienia, wykonawcy zostali wprowadzeni przez Zamawiającego w błąd, przez co nie mieli równych warunków do sporządzenia oferty. W tej sytuacji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zostałyby dokonane z rażącym naruszeniem ustawy, skutkującym jej bezwzględną nieważnością.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

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/~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*