

WYROK

z dnia 6 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Marek Koleśnikow

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Unizeto Technologies S.A.

ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Skarb Państwa – Ministra Obrony Narodowej,

w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego

ul. Nowowiejska 26 A, 00-911 Warszawa

protestu z dnia 2 grudnia 2008 r.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnić czynność unieważnienia postępowania w części 11., unieważnić czynność odrzucenia oferty Odwołującego, dokonać powtórnego badania**

i oceny ofert, w tym poprawić omyłkę w treści oferty Odwołującego zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Ministra Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego ul. Nowowiejska 26 A, 00-911 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Unizeto Technologies S.A. ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 974 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Skarb Państwa – – Ministra Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego ul. Nowowiejska 26 A, 00-911 Warszawa** na rzecz **Unizeto Technologies S.A. ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Unizeto Technologies S.A. ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę komputerów stacjonarnych i monitorów (nr 35/I/MON/ZZSI/PN/ZO/2008)*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 29 kwietnia 2008 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2008/S 83-112763. Jak

wynika z protokołu postępowania, wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 22.305.245,90 PLN, 5.753.074,70 euro. Zamawiający dopuszczał składanie ofert częściowych. Odwołanie dotyczy części 11.

Zamawiającego uznał ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą dla części 11., po czym 26 listopada 2008 r. dokonał kolejnej czynności i odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, o czym powiadomił Odwołującego tego samego dnia. Na tę czynność 2 grudnia 2008 r. Odwołujący złożył protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie powtórnej oceny ofert, poprawienie omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego

Odwołujący zgodnie z pierwotnymi wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zaoferował w złożonej ofercie, w części 11, w zakresie monitora M3 następujące kable: zasilający, RGB i DVI, a więc złożył ofertę, która zawiera omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż w ofercie tej nie zostały uwzględnione zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprowadzone pismem z 10 czerwca 2008 r. w którym Zamawiający zrezygnował z wymogu dostarczenia ww. kabli na rzecz kabli: zasilającego, USB i sygnałowych 2 x DVI. Przez omyłkę Odwołujący w ofercie nie uwzględnił tej zmiany. Jednak zgodnie z art. 4 ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 4 września 2008 r. do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed 24 października 2008 r. stosuje się przepisy w brzmieniu nadanym tą ustawą w zakresie poprawienia omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia

oferty. Tak więc obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest poprawienie wszelkich omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Przedmiotem zamówienia jest dostawa zestawu komputerowego wraz z monitorem, a wymóg dostarczenia kabli do monitora pełni jedynie funkcję dodatkową, która jest mało istotnym elementem dla całego zamówienia. Zmiana rodzaju kabli nie może być uznana za istotną zmianę w treści oferty, gdyż nie ma żadnego wpływu na parametry techniczne oferowanego sprzętu, dostawa kabli stanowi jedynie niecałe 0,5 % całego zamówienia i częściowa zmiana takiego zakresu zamówienia w żadnym przypadku nie może być uznana za istotną. Po poprawieniu omyłki Odwołujący dostarczy te same monitory, co obecnie zaoferowane, jedynie z trochę innymi kablami zgodnymi z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający nie może zrezygnować z obowiązku poprawienia omyłek wprowadzonego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Działania Zamawiającego wskazują na to, że Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie z rażącym naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców oraz w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji. Odrzucenie oferty Odwołującego wraz z brakiem zastosowania normy prawnej określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na łamanie podstawowych zasad udzielania zamówień określonych w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto cena oferty Odwołującego nie przekracza kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie niniejszego zamówienia, co w pełni potwierdza uznanie przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą. Z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, a Zamawiający zobowiązany jest do jej wybrania jako oferty najkorzystniejszej czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 96 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych musi zostać unieważniona jako w pełni niezasadna i bezprzedmiotowa.

12 grudnia 2008 r. Zamawiający oddalił protest uznając, iż zarzut zaniechania poprawienia nieistotnej omyłki w ofercie, a tym samym i inne

zarzuty, są niezasadne. Zamawiający dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, natomiast Odwołujący zaoferował inne kable niż wymagane, w związku z tym zaoferowany produkt nie spełnia minimalnych wymagań technicznych, a tym samym Zamawiający nie może potraktować zapisu jako „innej omyłki” i jej poprawić. Oferta odwołującego nie spełnia merytorycznych wymagań Zamawiającego zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jej niezgodność należy rozpatrywać przez pryzmat art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, czyli jako niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego. Kable wymagane przez Zamawiającego są istotnym elementem dla przedmiotu zamówienia, z uwagi na pełną kompatybilność z już posiadanim sprzętem.

17 grudnia 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 19 grudnia 2008 r.), w którym powtórzył zarzuty, żądania i argumenty podniesione w proteście dodając, iż nie kwestionuje, że w złożonej ofercie zaoferowano, przez pomyłkę, inne kable niż określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale stanowisko Zamawiającego, że nie może potraktować zaoferowania innych kabli niż wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, z uwagi na fakt, że Odwołujący miał pełną świadomość, iż zaoferowany produkt nie spełnia minimalnych wymagań technicznych. Są to bowiem przypuszczenia Zamawiającego nie poparte żadnymi dowodami. Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wprost nakazuje Zamawiającemu poprawienie wszystkich omyłek, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, o ile poprawienie tych omyłek nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, bez rozpatrywania, z jakich powodów się pojawiły.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przede wszystkim skład orzekający Izby uznał, iż stan faktyczny nie jest przedmiotem sporu między Stronami i znajduje potwierdzenie w dokumentacji przetargowej. Zamawiający pismem z 10 czerwca 2008 r., w związku z odpowiedziami na pytania wykonawców, wprowadził modyfikację do specyfikacji istotnych warunków zamówienia m.in. w następującym zakresie: dla części 11. zmienił wymagany rodzaj gniazd wejściowych sygnału z: *RGB lub DVI-D i DVI na: 2 x DVI*, a w związku z tym wymagane kable z: *zasilającego, RGB i DVI na: zasilający, USB i sygnałowe 2 x DVI*.

Odwołujący w ofercie zaoferował gniazda wejściowe sygnału 2 x DVI, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, lecz w punkcie dotyczącym kabli wpisał: w kolumnie „Minimalne wymagania Zamawiającego” *zasilający, USB, sygnałowe 2 x DVI*, a w kolumnie „Oferowane parametry” *zasilający, RGB i DVI*.

Nie budzi więc wątpliwości, iż treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), która weszła w życie 24 października 2008 r., do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie tej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących zmiany ogłoszeń, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty, które stosuje się w brzmieniu nadanym ustawą z 4 września 2008 r.

Ustawa ta wprowadziła istotną zmianę w brzmieniu art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z nowym brzmieniem ustępu 2. tego artykułu Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie zaś z nowym brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, jeśli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zatem Zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany jest poprawić omyłki polegające na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty, a dopiero w braku zgody wykonawcy na ich poprawienie, może ofertę odrzucić.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych *de facto* wprowadził również zmiany w stosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez ograniczenie konieczności odrzucenia oferty ze względu na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia do niezgodności, której nie można poprawić na podstawie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem składu orzekającego Izby oczywiste jest, iż wykonawca składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i posiadający doświadczenie w tej dziedzinie oraz znający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zdaje sobie sprawę, iż oferta, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podlega odrzuceniu, a zatem umyślne działanie polegające na przygotowaniu oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – ponosząc wysiłek i koszty sporządzenia tej oferty – jest nielogiczne i bezcelowe. Za takie można uznać

również oferowanie kabli, które nie pasują do gniazd wejściowych monitora. Zatem nieprawidłowe stwierdzenie w ofercie można uznać za omyłkę. Zdaniem składu orzekającego Izby poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty. Przede wszystkim oczywiste jest, iż dla prawidłowego funkcjonowania zestawu komputerowego niezbędne są odpowiednie kable, jednak sam ich „udział” w zestawie komputerowym nie jest znaczący – jest to tylko jeden z wielu elementów wymogów Zamawiającego dotyczących konfiguracji sprzętu, którego wartość rynkowa jest również niewielka. Poza tym wykonawcy zobowiązani byli podać w ofercie cenę całego zestawu, zatem zmiana rodzaju kabli nie wpłynie w ogóle na tę cenę, gdyż nie ma podstaw do dokonania jej korekty. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż w stosunkach mniej sformalizowanych, np. przy zakupie zestawu w sklepie, można by dokonać takiej wymiany bez uszczerbku dla żadnej ze stron umowy sprzedaży.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego dotyczącego braku środków na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia w części 11. skład orzekający Izby uznał, iż Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu na to, że środki te nie są lub nie będą ujęte w planie finansowym na rok 2009. Argument, iż plan finansowy Zamawiającego jest niejawnym i nie może zostać okazany, stoi w sprzeczności z art. 12 ust. 1. ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którym gospodarka środkami publicznymi jest jawna. Zamawiający nie dowiódł również, iż finansowanie przedmiotowego zamówienia odbywa się ze środków publicznych, których pochodzenie lub przeznaczenie zostało uznane za informację niejawną na podstawie odrębnych przepisów lub umów międzynarodowych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również fakt, iż, zgodnie z punktem 2. protokołu postępowania, finansowanie przedmiotowego zamówienia zostało zaplanowane w ramach „Planu modernizacji technicznej SZ RP w latach 2008–2009”, zatem istnieje wysokie prawdopodobieństwo zapewnienia środków finansowych na jego realizację.

Skład orzekający Izby nie podziela jednak stanowiska Odwołującego dotyczącego niemożności dokonania czynności polegającej na skorygowaniu uprzednio dokonanej przez niego czynności, jeśli uzna, iż była ona dokonana błędnie – zwłaszcza czynności o takim znaczeniu jak wybór oferty najkorzystniejszej – nawet jeśli przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie odnoszą się do takiej sytuacji *expressis verbis*. Zignorowanie przez Zamawiającego faktu, że uznał za najkorzystniejszą ofertę, która powinna być odrzucona, naruszałoby bowiem szereg przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i byłoby niezgodne z ideą wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 400 zł, na podstawie załączonego rachunku, stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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 2008 r. Nr 171, poz. 1058) 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:

.....

.....