

Sygn. akt: KIO/UZP 1144/08

WYROK
z dnia 6 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Emil Kuriata
Izabela Kuciak

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 4 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**Consortia**” Sp. z o.o., **03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendę Wojewódzką Policji w Gdańsku, 80-819 Gdańsk, ul. Okopowa 15** protestu ~~protestów~~* z dnia 23 września 2008 r.

przy udziale **RADMOR S.A., 81-212 Gdynia, ul. Hutnicza 3** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża **Komendę Wojewódzką Policji w Gdańsku, 80-819 Gdańsk, ul. Okopowa 15**

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 uiszczanego przez „**Consortia**” Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. **Jagiellońska 74**;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Komendę Wojewódzką Policji w Gdańsku, 80-819 Gdańsk, ul. Okopowa 15** na rzecz **Consortia” Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz wpisu od odwołania;
- 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 „**Consortia**” Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. **Jagiellońska 74**.

U z a s a d n i e

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Gdańsku, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Dostawa sprzętu radiotelefonicznego wraz z akcesoriami dla KWP w Gdańsku”. 25.07.2008 r. ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE Nr 2008/S 143-191822

18.09.2008 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą złożył Wykonawca Consortia Sp. z o.o.

23.09.2008 r. Wykonawca Radmor S.A. z Gdańska złożył protest na:

- 1) zaniechanie, w zakresie cz. 1 zamówienia, odrzucenia oferty Wykonawcy Consortia Sp. z o.o. z Warszawy;
- 2) dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty – oferty Wykonawcy Consortia;
- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej w skrócie „Pzp”.

Protestujący Radmor wnosi o:

- 1) odrzucenie oferty Wykonawcy Consortia;
- 2) dokonanie wyboru oferty Protestującego.

Protestujący zarzuca Zamawiającemu, iż treść oferty Wykonawcy Consortia nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „specyfikacją”. Została więc spełniona przesłanka art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i Zamawiający powinien odrzucić tę ofertę.

Wybrany Wykonawca Consortia w ofercie złożył załącznik nr 1a, który nie spełnia wymogów rozdz. V ust. 2 specyfikacji. Zgodnie z postanowieniem zawartym pod wyliczeniem wymaganych dokumentów oznaczonym strzałkami, 10 i 9 wiersz od dołu na str. 5 specyfikacji, cyt. „Dokumenty stanowiące załączniki wymagane przez specyfikację powinny zostać wypełnione przez Wykonawcę wg warunków i postanowień zawartych w specyfikacji – bez dokonywania w nich zmian.”.

Wykonawca Consortia w załączniku nr 1a Opis przedmiotu zamówienia nie potwierdził w kilku miejscach wymaganych przez Zamawiającego parametrów radiotelefonu noszonego i dokonał niedozwolonych zmian w tym formularzu:

- 1) tabela 2.1.1 radiotelefony noszone lp. 1.8 – zamiast 0,35 μV podano 0,35 xV;
- 2) tabela 2.1.1 radiotelefony noszone lp. 4.1 – zamiast 0,5 μV podano 0,5 iV oraz zamiast 0,35 μV podano 0,35 iV;
- 3) tabela 2.1.1 radiotelefony noszone lp. 5.3 – zamiast 50 Ω podano 50;
- 4) rozdz. 3 wykaz tonów CTCSS – brak w ofercie całego rozdziału.

26.09.2008 r. Wykonawca Consortia przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Wykonawcę Radmor. Przystępujący wnosił o oddalenie protestu w całości.

02.10.2008 r. (pismo z 30.09.2008 r.) Zamawiający uznał protest za zasadny w zakresie zarzutów dotyczących braku wykazu tonów CTCSS i dokonania zmian załącznika 1a do specyfikacji w ofercie Wykonawcy Consortia.

07.10.2008 r. Wykonawca Consortia wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu z 23.09.2008 r. W zakresie zarzutów 1-3 Protestującego Radmor, należy odstąpienia w ofercie od specyfikacji uznać jako oczywiste omyłki pisarskie wynikłe ze zmiany formatu PDF na format Word. Natomiast w zakresie zarzutu 4 Protestującego Radmor, Odwołujący Consortia stwierdza, że rozdz. 3 załącznika nr 1 „Wykaz tonów CTCSS” ma charakter informacyjny, bez wymagania wpisywania czegokolwiek do formularza ani podpisywania go, dlatego brak załączenia tego rozdziału do oferty nie stanowi uchybienia w stosunku do treści specyfikacji.

22.10.2008 r. (pismo z 21.10.2008 r.) Wykonawca Radmor przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji, stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych ustnie podczas rozprawy oraz dokumentu w postaci:

Pismo w sprawie z 3.11.2008 r. złożonego przez Odwołującego, jako podsumowanie jego stanowiska prezentowanego ustnie podczas rozprawy

– skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej w skrócie „Pzp”.

W kwestii trzech pierwszych zarzutów – niewłaściwego wpisania lub nie wpisania w ofercie mian w tabeli 2.1.1 liczba porządkowa:

- 1) 1.8 – wpisanie miana „xV” zamiast „μV”;
- 2) 4.1 – wpisanie miana „ijV” i „iV” zamiast „μV”;
- 3) 5.3 – brak wpisania miana „Ω”

– skład orzekający Izby stwierdza, że rozstrzygnięcie protestu w zakresie uwzględnienia zarzutu Protestującego Radmor było właściwe. Zamawiający przyznał rację Protestującemu Radmor, że w kwestionowanej ofercie Wykonawcy Consortia znajdują się wskazane uchybienia. Jednak ze względu na brak wskazania sposobu usunięcia usterki w postępowaniu, Odwołujący Consortia miał podstawę do obawy, że Zamawiający dokona odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jak tego żądał Protestujący Radmor.

Podobnie w kwestii ostatniego, czwartego zarzutu – braku dołączenia do oferty formularza rozdziału III będącego oświadczeniem wykonawcy potwierdzającego spełnienie przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego. Skład orzekający Izby stwierdza, że rozstrzygnięcie protestu w zakresie zarzutu Protestującego Radmor było właściwe. Zamawiający przyznał rację Protestującemu Radmor, że w kwestionowanej ofercie Wykonawcy Consortia znajduje się wskazany brak. Jednak ze względu na zaniechanie przedstawienia sposobu usunięcia usterki postępowania Odwołujący Consortia miał podstawę do obawy, że Zamawiający dokona odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jak tego żądał Protestujący Radmor.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdza, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wykonawca nie może się powoływać na ogólne stwierdzenie, zawarte w ofercie, że spełnia wymagania Zamawiającego postawione w specyfikacji, w sytuacji gdy Zamawiający oprócz takiego ogólnego stwierdzenia wymaga załączenia do oferty wykazu spełnienia poszczególnych, niejednokrotnie bardzo szczegółowych wymagań technicznych lub jakichkolwiek innych wymagań.

Postawienie w specyfikacji szczegółowych wymagań przez Zamawiającego, oprócz wymogu ogólnego stwierdzenia w ofercie, należy traktować jako wymaganie o większym stopniu szczegółowości analogicznie do paremii *Lex specialis derogat legi generali* (łac.). W stosunku do przepisów prawa ta reguła wykładni prawa oznacza, że przepisy prawa o większym stopniu szczegółowości (pochodzące z aktów prawnych o tej samej mocy i obowiązujące w tym samym czasie) należy stosować przed ogólniejszymi przepisami prawa.

Dlatego zamawiający, po wpisaniu do specyfikacji wymogu wykazania przez wykonawcę szczegółowych cech oferowanego przedmiotu, jest obowiązany sprawdzić spełnienie szczegółowych wymagań przez wykonawcę. Zamawiający podczas badania nie może poprzestać na ogólnym stwierdzeniu wykonawcy zawartym w formularzu oferty.

Natomiast zamawiający badając ofertę ma obowiązek stosować się do przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i nie może nie reagować na jakiegokolwiek odstępstwa poczynione przez wykonawcę od swoich postanowień postawionych w specyfikacji. Reakcją taką jest np. konieczność odrzucenia oferty w przypadku, gdy zamawiający dokona nieuprawnionych zmian w formularzach oświadczeń w stosunku do formularzy przedstawionych w załącznikach do specyfikacji, co jest jednoznacznie unormowane w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jednak przed dokonaniem tej czynności, zamawiający jest obowiązany w szczególności do poprawienia oczywistych omyłek pisarskich, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. W związku z tym, że można w kwestionowane miejsca wpisać także inne miana – jak sugeruje to Przystępujący Radmor – Zamawiający powinien sprawę wyjaśnić w sposób możliwie najdokładniejszy. Do tego Zamawiający może się posłużyć żądaniem wyjaśnień treści złożonych ofert, zgodnie z art. 87 ust. 1 zdanie 1 Pzp. Sposób poprawienia oczywistych omyłek pisarskich nie wynika tylko z konkretnego miejsca, gdzie znalazła się badana omyłka. Na sposób ten ma wpływ całościowość sprawy, w tym postanowienia specyfikacji, ale także wiedza fachowa zamawiającego czy jego doświadczenie życiowe.

Dlatego jest zasadne poprawienie omyłek w sposób zaprezentowany przez Odwołującego Consortia, to znaczy przez wpisanie w odpowiednich miejscach mian „ μV ” i „ Ω ”. Przystępujący Radmor nie wykazał, że Wykonawca Consortia mógłby wpisać w rozpatrywanych miejscach innych mian biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności, a w szczególności cel wpisywania mian, treść specyfikacji, stan wiedzy inżynierskiej, doświadczenie życiowe czy publikowanie takich danych przez Odwołującego Consortia np. w Internecie.

W przypadku niedołączenia do oferty wymaganego oświadczenia lub dokumentu przez wykonawcę, zamawiający ma obowiązek stwierdzenia, że treść takiej oferty nie odpowiada treści specyfikacji i zamawiający jest zobligowany do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jednak w trakcie badania ofert, zamawiający jest również ustawowo

zobligowany do zastosowania m.in. art. 26 ust. 3 Pzp i w związku z tym zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, do ich złożenia w wyznaczonym terminie.

Należy stwierdzić, że w badanym postępowaniu Zamawiający nie dokonał wezwania do uzupełnienia oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu stwierdzając, że dokona ponownego badania i oceny ofert, a następnie wybierze najkorzystniejszą ofertę przyznał, że nie wziął pod uwagę wszelkich odstępstw oferty Wykonawcy Consortia od specyfikacji. I nie ulega kwestii, że w ofercie znalazły się wskazane przez Protestującego Radmor odstępstwa od specyfikacji oraz do oferty nie został dołączony wskazany przez Protestującego Radmor rozdział III załącznika 1a do specyfikacji.

Należy podkreślić, że zamawiający jest obowiązany do zbadania oferty z należytą starannością, zwłaszcza gdy inny wykonawca zarzuca, że czynność ta została dokonana bez zareagowania na choćby najmniejsze odstępstwa oferty od specyfikacji. Inaczej takie postępowanie mogłoby być nieważne, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp ze względu na nieważność umowy zawartej z naruszeniem art. 146 ust. 1 pkt 5 lub 6 Pzp.

Jednak w rozpatrywanym przypadku formularz rozdziału III nie był wymagany jako podpisane przez Wykonawcę oświadczenie. Dlatego niezłączenie tego formularza nie może spowodować konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tym bardziej, że spełnienie wymagania przez oferowany przedmiot posługiwanie się tonami z wykazu tonów zostało potwierdzone złożeniem oświadczenia zawartego w ofercie na str. 1 oferty i na str. 5 w pkt 1.9 oferty.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Zamawiający uwzględniając protest nie wskazał w jaki sposób zamierza prowadzić dalej postępowanie, aby było ono zgodne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Dlatego Odwołujący Consortia nie mając właściwych informacji o dalszych zamierzeniach Zamawiającego właściwie złożył odwołanie, które podlega uwzględnieniu.

Kwestia nowelizacji przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych podnoszona przez Odwołującego Consortia i Przystępującego Radmor nie była brana pod uwagę ze względu na to, że w sprawie mają zastosowanie przepisy, które nie były znowelizowane.

W związku z zarzutem Przystępującego Radmor, braku możliwości orzekania w zakresie żądań Odwołującego Consortia, Izba stwierdza, że nie jest związana żądaniami zawartymi w proteście i odwołaniu, a jedynie jest związana zarzutami wyartykułowanymi w tych dokumentach.

Również ze względu na podnoszony przez Odwołującego i Protestującego argument zastosowania interpretacji oświadczeń zgodnie z art. 65 Kc w związku z art. 14 Pzp, Izba stwierdza, że w postępowaniu w rozpatrywanym zakresie wszystkie kwestie można rozstrzygnąć zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i dlatego nie ma uzasadnienia stosowania wymienionego przepisu art. 65 Kc.

Zamawiający naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie wykonując dyspozycji art. 87 ust. 2 Pzp ani nie wskazując, że stosuje się do tych unormowań.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1, 1a i 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, przyznając Odwołującemu koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w wysokości 3 600 zł według złożonej faktury, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 oraz 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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*