

Sygn. akt KIO/UZP 1898/09

KIO/UZP 1899/09

WYROK

z dnia 11 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

**Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2010 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 13.01.2009 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez: **BlueSoft Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 28, 00-688 Warszawa**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa** protestów: z dnia 30 listopada i 3 grudnia 2009 r. wniesionych przez FILBICO Sp. z o.o. oraz Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.,

przy udziale wykonawcy **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., ul. Lektykarska 29, 01-687 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO/UZP 1873/09 i KIO/UZP 1874/09, po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić oba odwołania,

2. kosztami postępowania obciążyć **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołującego się: **BlueSoft Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 28, 00-688 Warszawa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa** na rzecz **BlueSoft Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 28, 00-688 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty wpisów od odwołań,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **25 556 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego, w tym:
 - A** kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **BlueSoft Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 28, 00-688 Warszawa (KIO/UZP 1898/09)**,
 - B** kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **BlueSoft Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 28, 00-688 Warszawa (KIO/UZP 1899/09)**.

Uzasadnienie

I. Komenda Główna Policji (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Wdrożenie do eksploatacji skorowidza DAKTYL III polegające na realizacji nowej aplikacji skorowidza DAKTYL III (moduł główny systemu, realizowany poza systemem KSIP)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2009/S 175-252360 z dnia 11.09.2009 r. i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na

swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 338 261,95 euro.

W dniu 24 listopada 2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyniku postępowania – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez BlueSoft Sp. z o.o.

Wynik postępowania został oprotestowany przez wykonawców, którzy złożyli oferty sklasyfikowane niżej w rankingu ofert (droższe) – FILBICO Sp. z o.o. oraz Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. Wykonawcy ci zakwestionowali prawidłowość dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający zarzuty podnoszone w protestach uznał w części dotyczącej naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (zarzut dotyczący prawidłowości zaświadczenia z ZUS i zaniechania wezwania do jego uzupełnienia) i art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (zarzut dotyczący braku zaoferowania myszy w ofercie najkorzystniejszej). Od takiego rozstrzygnięcia Zamawiającego odwołanie wniósł BlueSoft Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący), uprzednio przystąpiwszy do postępowań toczących się w wyniku wniesienia protestów.

Do obu postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego przystąpił Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego oba odwołania rozpoznano na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, jego oferta pozostanie ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazywał, że jedno z odwołań powinno zostać odrzucone, bowiem nie przekazano mu w terminie (równocześnie z wniesieniem odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych) kopii odwołania, jednak Izba stwierdziła, że w aktach odwoławczych, do obu odwołań znajduje się załączony do odwołań dowód zakończonych pomyślnie transmisji faksowych, i skład orzekający uznał ten dowód za wystarczający do wykazania terminowości przekazania Zamawiającemu kopii odwołania.

Zamawiający wskazywał również, że oba odwołania zostały wniesione przedwcześnie, bowiem rozstrzygnął on oba protesty uwzględniając je, ponieważ rzeczywiście wskazywały na wątpliwości co do oferty Odwołującego, jednak uwzględnienie protestów w ocenie Zamawiającego nie oznacza, że Odwołujący zostanie wykluczony z postępowania, a jego oferta zostanie odrzucona, lecz – jak oświadczył Zamawiający na rozprawie – po uwzględnieniu protestów zostałyby przeprowadzone postępowanie wyjaśniające, zarówno w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zakresie zaświadczenia z ZUS, jak i w trybie art. 87 ust. 1 w zakresie zaoferowania przez Odwołującego myszy. Zatem prawdopodobne jest – jak ocenił to sam Zamawiający - opierając się na wyjaśnieniach złożonych już przez Odwołującego w toku wnoszenia środków ochrony prawnej – iż wątpliwości Zamawiającego, powstałe w wyniku złożenia protestów, zostałyby przez Odwołującego wyjaśnione. Zamawiający twierdził, że nie mógł, rozstrzygając protesty, uwzględnić wyjaśnień, które zostały złożone właśnie w toku wnoszenia środków ochrony prawnej (w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wyjaśniono kwestię zaświadczenia z ZUS, wyjaśniono również okoliczności związane z zaoferowaniem przez Odwołującego w ofercie myszy), ponieważ wyjaśnienia te mogą być złożone wyłącznie w trybie przewidzianym przez przepisy prawa – tj. w wyniku zastosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 i 4 oraz 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Z tego też powodu Zamawiający wnosił o nieuwzględnienie jako dowodu złożonego przez Odwołującego na rozprawie pisma dostawcy sprzętu wskazującego na fakt, że w skład przedmiotu zaoferowanego przez Odwołującego wchodzi również mysz. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że brak wyraźnego zaoferowania przez Odwołującego w ofercie myszy można poprawić, jako okoliczność nie mającą istotnego wpływu na treść oferty.

Przestawiona wyżej argumentacja Zamawiającego, zaprezentowana na rozprawie, nie wskazuje na to, że odwołania są przedwczesne, lecz na to, że oba są zasadne.

Rozstrzygnięcie Zamawiającego co do zarzutu odnoszącego się do zaświadczenia z ZUS i braku myszy brzmiało: „Zamawiający uznaje powyższy zarzut i dokona czynności zgodnie z przepisami ustawy Prawa zamówień publicznych”. Takie rozstrzygnięcie w ocenie Izby jest wystarczającą podstawą do wniesienia odwołania. Nawet gdyby Zamawiający w rozstrzygnięciach protestów wyraźnie zapowiedział, że przeprowadzi postępowanie wyjaśniające, to i tak Odwołujący miałby prawo wnieść odwołanie.

Podstawową zasadą wnoszenia środków ochrony prawnej, jest ich koncentracja – gdyby przyznać rację Zamawiającemu, i uznać odwołania za przedwczesne, Zamawiający po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu podjąłby postępowanie wyjaśniające – co zasadniczo jest już zbędne, bowiem okoliczności wymagające wyjaśnienia zostały już wyjaśnione – i niewykluczone, że w wyniku tych

działań dokonana zostałaby nowa czynność Zamawiającego, na którą ponownie mógłby przysługiwać protest (i odwołanie). Z kolei prawdopodobne jest, że protest ten (i odwołanie) zostałby odrzucony, jako wniesiony po terminie – gdyż o podstawie do jego wniesienia można było się dowiedzieć już w z pierwszego rozstrzygnięcia, bądź – jako wniesiony na czynność dokonaną zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem (pierwszego) protestu. Zatem Izba uznała oba odwołania za wniesione w przepisany terminie.

W ocenie składu orzekającego nie ma też powodu, aby nie uwzględniać wyjaśnień, złożonych w toku składania środków ochrony prawnej – czy to w przystąpieniach do postępowań toczących się w wyniku wniesienia protestu, czy to na rozprawie przed Izba, i – mimo złożenia takich wyjaśnień, dla zachowania formalizmu procedury udzielania zamówień, przeprowadzić odrębne postępowania wyjaśniające w trybie art. 26 ust. 3 i 4 oraz 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Jeżeli wyjaśnienia te są satysfakcjonujące, i złożone w wymaganej formie, powinny być uwzględnione, a przeprowadzanie dodatkowej procedury wyjaśniającej w takiej sytuacji jest zbędne i prowadzi wyłącznie do niepotrzebnego wydłużenia procedury udzielania zamówień.

Reasumując, skład orzekający uznał, że oba odwołania nie zostały złożone przedwcześnie, i oba są zasadne merytorycznie. Odnośnie zaświadczenia z ZUS Zamawiający sam przyznał, że po pierwsze, gdyby wyjaśnienia Odwołującego zostały złożone trybie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, uznałby, że załączone przez Odwołującego do oferty zaświadczenie jest prawidłowe, ponadto Zamawiający równolegle prowadził postępowanie wyjaśniające z Oddziałem ZUS, w wyniku czego uzyskał potwierdzenie co do prawidłowości zaświadczenia. W zakresie zarzutu zaoferowania myszy, Odwołujący wystarczająco wyjaśnił, że zaferował sprzęt z wyposażeniem ponadstandardowym, tj. wraz z myszą. Izba ponadto podziela stanowisko Zamawiającego, że brak wyraźnego zaoferowania myszy w ofercie Odwołującego można poprawić jako element niepowodujący istotnej zmiany w treści oferty – przedmiotem zamówienia, a więc i świadczeniem wynikającym z zawartej w przyszłości umowy jest wdrożenie do eksploatacji skorowidza DAKTYL III polegające na realizacji nowej aplikacji skorowidza DAKTYL III (moduł główny systemu, realizowany poza systemem KSIP) i przez pryzmat tak określonego przedmiotu zamówienia należy oceniać istotność (czy nieistotność) ujęcia myszy w ofercie Odwołującego.

Izba zauważyła, że zasadniczo Zamawiający ostatecznie przyznał rację Odwołującemu co do istoty zarzutów, lecz uważał, że nie mógł oddalić protestów w całości z powodów proceduralnych (konieczność odrębnego przeprowadzenia postępowań wyjaśniających). Na gruncie obowiązujących przepisów nie jest możliwe zawarcie ugody pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym, dlatego Izba uwzględniła oba odwołania, uznając za zasadne podniesione w nich zarzuty: naruszenia art. 7 ust. 1, 26 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, co oznacza stwierdzenie braku podstaw do

wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu zaświadczenia z ZUS i brak podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu braku myszy.

Izba uwzględniając oba odwołania, orzekając w zakresie zarzutów w nich podniesionych, nie nakazała dokonania żadnej czynności, ponieważ rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej jest ostatecznym rozstrzygnięciem protestów na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność Zamawiającego, w związku z wniesieniem środków ochrony prawnej rozpatrywanych w niniejszych postępowaniach odwoławczych, nie ulega zmianie.

Na podstawie § 28 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z dnia 12 października 2007 r.) w sprawach sygn. akt. KIO/UZP 1898/09 i KIO/UZP 1899/09 wydano wyrok łączny.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:

.....

.....