

Sygn. akt: KIO 2233/12

WYROK

z dnia 29 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Dagmara Gałczewska-Romek**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2012 r. przez **Kadimex S.A., ul. Wólczyńska 290, 01-919 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Narutowicza 17B, 70-240 Szczecin**

przy udziale wykonawcy **Fire - Max Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez Fire - Max Sp. z o.o.**
2. kosztami postępowania obciąża **Fire - Max Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Kadimex S.A., ul. Wólczyńska 290, 01-919 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Fire - Max Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa** na rzecz **Kadimex S.A., ul. Wólczyńska 290, 01-919 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
- 2.3. zasądza od **Fire - Max Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa** na rzecz **Rejonowego Zarządu Infrastruktury, ul. Narutowicza 17B, 70-240 Szczecin** kwotę **4 086 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące osiemdziesiąt sześć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Szczecinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu pożarniczego dla Wojskowej Straży Pożarnej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 czerwca 2012 r. pod nr 2012/S 119-197014.

W dniu 15 października odwołujący - Kadimex S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na: wyborze oferty Fire - Max Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, zaniechaniu wykluczenia Fire - Max sp. z o.o. i odrzuceniu jest oferty oraz zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał na następujące naruszenia:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Fire - Max sp. z o.o., który podał nieprawdziwe informacje w zakresie aktualnego świadectw dopuszczenia na oferowany sprzęt pożarniczy, a które to informacje miały wpływ na wynik postępowania.
2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Fire - Max Sp. z o.o., która podlegała odrzuceniu jako niezgodna z siwz z uwagi na brak aktualnego świadectwa dopuszczenia i/lub z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia, który nie odpowiada wymaganiom określonym w siwz.
3. z ostrożności wskazał na naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Fire – Max Sp. z o.o. do uzupełniania dokumentów w postaci aktualnych, na dzień upływu terminu składania ofert, świadectw dopuszczenia na oferowany sprzęt pożarniczy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. wykluczenia wykonawcy Fire- Max Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu,
3. dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jaką jest oferta złożona przez odwołującego.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów, odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią świadectwa dopuszczenia nr 0003/ 2007 na poduszki pneumatyczne wysokopodnoszące, załączonego do oferty Fire- Max Sp. z o.o. jest ono ważne od 22.11.2007 do 22.11.2012 roku. Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 27 kwietnia 2010 roku zmieniającym rozporządzenie w sprawie wykazu wyrobów służących zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia, a także zasad wydawania dopuszczenia tych wyrobów do użytkowania (Dz. U. nr 85, poz. 553) „posiadacz dopuszczenia jest zobowiązany do przedstawienia dostosowanego wyrobu do badań w uzgodnionym terminie, nieprzekraczającym 12 miesięcy. Termin ten minął 3 czerwca 2011 roku. Powołując się na informacje zawarte na stronach internetowych Centrum Naukowo - Badawczego Ochrony Przeciwpożarowej im. Józefa Tuliszkowskiego, że niedostosowanie wyrobu do wymagań znowelizowanego rozporządzenia będzie skutkować cofnięciem udzielonego dopuszczenia, odwołujący stwierdził, że na dzień upływu terminu składania ofert wykonawca Fire – Max Sp. z o.o. nie posiadał aktualnego świadectwa dopuszczenia i mimo wiedzy w tym zakresie podał nieprawdziwie informacje w postaci zapisów w formularzu ofertowym i załączeniu rzekomo aktualnego świadectwa dopuszczenia. Niezrozumiałe jest, w ocenie odwołującego zachowanie zamawiającego, który mając informacje datowaną na dzień 1 października 2012 roku o tym, że przedmiotowe świadectwo zostało zaktualizowane dopiero w dniu 21 sierpnia 2012 roku, a więc już po upływie terminu składania ofert, nie wykluczył tego wykonawcy z udziału w postępowaniu. Odwołujący podniósł także, że nieuzasadnione byłoby wezwanie Fire- Max Sp. z o.o. do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO nie można uzupełnić informacji nieprawdziwych. Ponadto wezwanie byłoby bezzasadne, z uwagi na bezsprzecznie wynikającą z pisma CNBOP okoliczność, że świadectwo dopuszczenia na ten konkretny wyrób zostało zaktualizowane dopiero w dniu 21 sierpnia 2012 roku, a więc wykonawca nie może dysponować innym aktualnym na dzień upływu terminu składania ofert świadectwem dopuszczenia. Dodatkowo przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie może mieć zastosowania, z uwagi na to, że oferta wykonawcy Fire - Max Sp. z o.o. podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią siwz z innego powodu. Powodem tym jest niezgodność parametrów technicznych zaoferowanych poduszek podnoszących z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z treści oferty Fire - Max Sp. z o.o. wynika, że wykonawca zaoferował poduszkę podnoszącą 1-6 t., podczas gdy w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie poduszek pneumatycznych zamawiający wymagał zaoferowania m.in. poduszki podnoszącej o sile nośności 3-5 t. (o jednakowej nośności). Zaoferowanie poduszek pneumatycznych o nośności 1-6 ton jest niezgodne z treścią siwz, jak również z decyzją

Ministra Obrony Narodowej z dnia 20 października 2009 roku w sprawie funkcjonowania wojskowych straży pożarnych, gdzie w załączniku nr 2 „Normatyw wyposażenia wojskowego straży pożarnej w wyroby służące zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia” w tabeli nr 14 wskazano minimalne standardy poduszek pneumatycznych i podano nośności do 5 ton, od 5 do 10 ton i od 12 do 20 ton.

W dniu 18 października 2012 roku, na wezwanie zamawiającego z dnia 15 października 2012 roku, do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca Fire- Max Sp. z o.o., stwierdzając że czynności zamawiającego są zgodne z przepisami ustawy Pzp a zamawiający prawidłowo ocenił ofertę przystępującego i dokonał jego wyboru.

W dniu 22 października 2012 roku, zamawiający poinformował o uwzględnieniu w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Pismem z dnia 25 października 2012 roku, złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przystępujący Fire – Max Sp. z o.o. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art.179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Nie zasługuje na uznanie zarzut odwołującego co do podania nieprawdziwych informacji w treści oferty przystępującego Fire - Max Sp. z o.o i naruszenia w tym zakresie art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Fire - Max sp. z o.o., który podał nieprawdziwe informacje w zakresie aktualnego świadectwa dopuszczenia na oferowany sprzęt pożarniczy, a które to informacje miały wpływ na wynik postępowania. W konsekwencji niezasadnym jest także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Fire - Max Sp. z o.o., która podlegała odrzuceniu jako niezgodna z siwz z uwagi na brak aktualnego świadectwa dopuszczenia oraz podniesiony z ostrożności procesowej, zarzut

naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Fire- Max Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w postaci aktualnych, na dzień upływu składania ofert, świadectw dopuszczenia na oferowany sprzęt pożarniczy.

Izba ustaliła, że w rozdziale VII ust. 3 pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wymagał załączenia do oferty aktualnego świadectwa dopuszczenia do użytkowania na sprzęt wymieniony w zał. Nr 3 poz. 2, 4, 6 i 7. Wymóg ten koresponduje z określonym w § 5 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817) uprawnieniem zamawiającego do żądania zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Zatem celem złożenia tego dokumentu było potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

W ofercie przystępującego Fire - Max Sp. z o.o. załączono certyfikat dopuszczenia nr 0032/2007 na poduszki pneumatyczne wysokopodnoszące typ:1/6, 1/9, 1/13, 1/23, LH-1/30S produkcji Manfred Vetter GmbH wydany dnia 22 listopada 2007 roku i ważny do dnia 21 listopada 2012 roku.

Odwołujący w toku rozprawy nie kwestionował tego, że wyżej opisany certyfikat dopuszczenia był ważny w dacie składania ofert. Podnosił jedynie, że na dzień upływu składania ofert, to jest na dzień 7 sierpnia 2012 roku, certyfikat ten nie był zaktualizowany zgodnie z rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 27 kwietnia 2010 roku zmieniającym rozporządzenie w sprawie wykazu wyrobów służących zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia, a także zasad wydawania dopuszczenia tych wyrobów do użytkowania (Dz. U. nr 85, poz. 553). W oparciu o § 10 ust. 2 przywołanego rozporządzenia posiadacz dopuszczenia został zobowiązany do przedstawienia dostosowanego wyrobu do badań w uzgodnionym terminie, nieprzekraczającym 12 miesięcy. Odwołujący wskazał, że termin ten minął 3 czerwca 2011 roku.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że odwołujący zdaje się utożsamiać pojęcie „aktualny certyfikat” z certyfikatem „zaktualizowany” w oparciu o nowelizację rozporządzenia w sprawie wykazu wyrobów służących zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia, a także zasad wydawania dopuszczenia tych wyrobów do użytkowania. Tymczasem, zdaniem Izby za „aktualny” należy uznać certyfikat „ważny” w dniu składania ofert, czyli taki który nie został cofnięty przez jednostkę certyfikującą lub którego okres ważności nie wygasł. Okoliczność, że certyfikat nr 0032/2007 na poduszki pneumatyczne wysokopodnoszące typ: 1/6, 1/9, 1/13, 1/23, LH – 1/30S wydany dnia 22 listopada 2007 roku pozostaje ważny do 21 listopada 2012 roku, a zatem był również ważny w dniu składania

ofert, jest okolicznością bezsporną między stronami, co powoduje, że przedstawione przez przystępującego jako dowód na potwierdzenie tej okoliczności: wykazy świadectw on - line (wydruki ze strony CNBOP) oraz cofniętych świadectw, należy ocenić jako zbędne.

Ponadto, co istotne, powoływany przez odwołującego przepis § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 27 kwietnia 2010 roku, zakreślał jedynie termin do przedstawienia przez posiadacza dopuszczenia (w tym przypadku Fire - Max Sp. z o.o.) dostosowanego wyrobu do badań w terminie nie dłuższym niż 12 miesięcy. Na skutek tej czynności jednostka dopuszczająca rozpoczyna trwającą w czasie procedurę dopuszczenia, w toku której wykonywany jest szereg badań, raportów, testów itp. Przystępujący Fire - Max Sp. z o.o. w toku rozprawy potwierdził, że wywiązał się z obowiązku nałożonego rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 27 kwietnia 2010 roku i przedstawił, w wymaganym terminie wyrób do badań. W wyniku pomyślnie przeprowadzonych badań, w dniu 21 sierpnia 2012 roku jednostka dopuszczająca wydała aktualizację dopuszczenia na wyrób poduszki pneumatyczne wysokopodnoszące typ: 1/6, 1/9, 1/13, 1/23, LH - 1/30S.

Okolicznością przedstawionym powyżej nie przeczy także stwierdzenie w złożonym przez odwołującego jako dowód w sprawie piśmie z dnia 19 października 2012 roku wystawionego przez Centrum Naukowo - Badawcze Ochrony Przeciwpożarowej, że „świadectwo dopuszczenia nr 0032/2007 w dniu 7.08.2012 r. nie potwierdzało spełniania znowelizowanych wymagań WTU zawartych w załączniku do rozporządzenia MSWiA z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie wykazu (...) wyrobów do użytkowania (Dz.U. nr 143, poz. 1002), zmienionym rozporządzeniem z dnia 27 kwietnia 2012 r. (Dz.U. nr 85, poz. 553)”.

Zatem przystępujący Fire - Max Sp. z o.o. nie naruszył cytowanego przez odwołującego rozporządzenia, a okoliczność, że aktualizacja certyfikatu nastąpiła już po upływie terminu składania ofert jest okolicznością niezależną od samego wykonawcy, który nie może ponosić z tego tytułu negatywnych konsekwencji. Stanowisko odwołującego, nie zasługuje na uznanie także z tego powodu, że wymóg załączenia do oferty zaktualizowanych w oparciu o zmieniające się przepisy prawa certyfikatów, uniemożliwiałby de facto udział wykonawców w postępowaniach o zamówienia publiczne w okresie pomiędzy wejściem w życie kolejnych nowelizacji przepisów prawa a wydaniem przez uprawnione jednostki aktualizacji certyfikatów.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Fire - Max Sp. z o.o., która winna podlegać odrzuceniu z uwagi na niezgodność w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie poduszek pneumatycznych.

W tym zakresie, Izba ustaliła, że w zestawieniu przedmiotu zamówienia - specyfikacja techniczna, sprzęt pożarniczy, w pkt 7 zamawiający wymagał zestawu pneumatycznych poduszek podnoszących niskociśnieniowych kpl1 w skład, którego wchodziły:

- poduszka podnosząca o sile podnoszenia 3-5 t. (o jednakowej nośności) – szt. 2.
- poduszka podnosząca o sile podnoszenia 7-10 t. (o jednakowej nośności) – szt. 2.
- poduszka podnosząca o sile podnoszenia 12 - 20 t. (o jednakowej nośności) – szt. 2.

Przystępujący Fire - Max Sp. z o.o. zaoferował, zgodnie z kartą katalogową, zestaw poduszek 1/6, produkcji Vetter GmbH o sile podnoszenia (dla 2 poduszek) 6t.

Zestaw tych poduszek podnoszących nie mieści się ewidentnie w wymaganym przez zamawiającego przedziale 3-5 t., co w sposób oczywisty przesądza o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przystępujący w toku rozprawy podnosił, że zaoferowany przez niego zestaw poduszek 1/6 o sile podnoszenia 6 t, może podnosić także 3, 4 czy 5 t. Stanowisko to, jakkolwiek spójne i logiczne, nie stanowi potwierdzenia spełniania wymaganego przez zamawiającego wymaganego parametru siły podnoszenia w przedziale 3 do 5 t. Podkreślić należy, że parametry te zostały opisane przez zamawiającego jako wymagane, a nie jako minimalne, co mogłoby umożliwić zaoferowanie poduszek o większej niż określona przedziałem sile podnoszenia. Ponadto zamawiający określił trzy przedziały poduszek podnoszących o różnych siłach podnoszenia i można z tego wnioskować, że podział ten był dla niego istotny i oczekiwał poduszek o nośności mieszczącej się w każdym z trzech przedziałów. Na podobny trójpodział poduszek w zależności od siły podnoszenia wskazuje przywołana przez odwołującego Decyzja nr 354 Ministra Obrony Narodowej z dnia 20 października 2009 roku w sprawie funkcjonowania wojskowych straży pożarnych, gdzie w załączniku nr 2 „Normatyw wyposażenia wojskowej straży pożarnej w wyroby służące zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia” w tabeli nr 14 podano następujące nośności: do 5 ton, od 5 do 10 ton i od 12 do 20 ton.

Okoliczność, jaką podnosił przystępujący w toku rozprawy, że żaden z producentów na rynku nie jest w stanie zaoferować poduszki podnoszącej niskociśnieniowej o sile podnoszenia równej 5 t. nie może na tym etapie postępowania o zamówienie publiczne wpływać na ocenę zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Okoliczność ta, jako przesłanka ewentualnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia, mogła być podnoszona przez wykonawców w przewidzianym do tego terminie, przed składaniem ofert.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: