

POSTANOWIENIE

z dnia 5 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 5 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

PBS Polska Sp. z o.o. ul. Grochowska 278/403, 03-841 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Mazowiecki Oddział Żandarmerii Wojskowej

ul. Jana Ostroroga 35, 01-163 Warszawa

protestu z dnia 6 listopada 2008 r.

przy udziale **ESTEDERM Sp. z o.o. ul. Czarny Dwór 14/7, 80-841 Gdańsk**

zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża PBS Polska Sp. z o.o. ul. Grochowska 278/403, 03-841 Warszawa 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 **PBS Polska Sp. z o.o. ul. Grochowska 278/403, 03-841 Warszawa,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **3 436 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące czterysta trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **PBS Polska Sp. z o.o. ul. Grochowska 278/403, 03-841 Warszawa.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę testów do identyfikacji narkotyków*, 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 zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 10 października 2008 r. pod numerem 231026. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 72.600,00 zł, tj. 18.725,34 euro.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Przystępującego, Odwołujący otrzymał 30 października 2008 r. W związku z powyższym 6 listopada 2008 r. złożył protest, w którym zarzucił Zamawiającemu, iż testy zaoferowane w wybranej ofercie nie spełniają wymagań postawionych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazuje jednoznacznie, że oferowane urządzenie uwzględniać musi przepisy § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 11 czerwca 2003 roku *w sprawie wykazu środków działających podobnie do alkoholu oraz warunków i sposobu przeprowadzania badań na ich obecność w organizmie* (Dz.U. Nr 116, poz. 1104, z 2004 r. Nr 52, poz. 524), t.j. metoda badania polegać ma na bezpośrednim badaniu śliny, z wykluczeniem dodawania innych płynów.

Tymczasem wybrana oferta obejmuje dostawę testów, których metoda działania jest sprzeczna z przepisami ww. rozporządzenia, bowiem zakłada zmieszanie śliny z płynem buforującym. W rezultacie wybór oferty niespełniającej warunków zamówienia narusza warunki zamówienia oraz przepisy ustawy. Skoro bowiem oferowany produkt nie spełnia wymagań Zamawiającego opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to w ogóle nie mógł on być brany pod uwagę przy merytorycznym rozstrzygnięciu ofert.

Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający oddalił protest 14 listopada 2008 r. stwierdzając, iż żądał między innymi, aby dostarczany towar spełniał dodatkowe wymagania, tj. posiadał świadectwo dopuszczenia wydane przez Instytut Ekspertyz Sądowych im. prof. dr. Jana Sehna w Krakowie oraz wyjaśnił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co rozumie pod pojęciem badania śliny posługując się § 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie wykazu środków działających podobnie do alkoholu oraz warunków i sposobu przeprowadzania badań na ich obecność w organizmie *badanie śliny polega na pobraniu, bez dodawania jakichkolwiek substancji, próbek śliny i ich umieszczeniu w urządzeniu do oznaczania metodą immunologiczną środków działających podobnie do alkoholu, zgodnie z instrukcją tego urządzenia.* W toku badania i oceny ofert Zamawiający zażądał od Estederm Sp. z o. o. wyjaśnień w tym zakresie, na podstawie których uznał, iż oferta spełnia jego wymogi.

19 listopada 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 21 listopada 2008 r.), w którym podtrzymał swoje zarzuty i wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności rozstrzygnięcia przetargu, ewentualnie nakazanie unieważnienia czynności rozstrzygnięcia przetargu.

Na podstawie dokumentacji postępowania, treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń złożonych podczas posiedzenia

skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie podlega odrzuceniu.

Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 72.600,00 zł, tj. 18.725,34 euro, a więc poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, która w przedmiotowym postępowaniu wynosi 133.000 euro – zgodnie z § 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. *w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich* (Dz. U. Nr 241, poz. 1762).

Protest, w następstwie którego wniesiono rozpatrywane odwołanie, został złożony 6 listopada 2008 r., zatem, zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mają zastosowanie przepisy działu VI ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu nadanym ustawą z 4 września 2008 r.

Zgodnie z art. 184 ust. 1a znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

1. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę,
2. opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia,
4. odrzucenia oferty.

Przy czym punkt 3. i 4. dotyczy czynności już dokonanej – a więc odrzucenia oferty lub wykluczenia Odwołującego (Odwołującego, ponieważ wykonawca nie ma interesu prawnego w obronie innego, konkurującego z nim wykonawcy).

Odwołujący nie oprotestował czynności wykluczenia go z postępowania ani odrzucenia jego oferty, lecz wybór oferty najkorzystniejszej (czyli de facto zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą). Nie mieści się to w powyższym katalogu zawartym w art. 184 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego przedmiotem odwołania nie jest opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który odnosi się do oceny warunków określonych przez Zamawiającego na podstawie art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli oceny właściwości samego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, a nie zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 187 w ust. 4 w pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie odrzuca się, jeżeli dotyczy innych czynności, niż wymienione w art. 184 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem skład orzekający Izby zobowiązany jest odrzucić odwołanie.

Wskazane przez Odwołującego podczas posiedzenia zastrzeżenia co do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niezależnie od tego, iż nie były podniesione w proteście, zostały złożone po terminie, który, zgodnie z art. 180 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 7 dni od dnia zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, a więc również w tym przypadku odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym orzeczono 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.

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 niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....