

Sygn. akt KIO/UZP 811 /09

WYROK
z dnia 10 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Barbara Bettman

Renata Tubisz

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Gildia Sp. z o. o. , 20-135 Lublin, Dworska 15B** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Dozoru Technicznego , 02-353 Warszawa, ul. Szczeńliwicka 34** protestu z dnia **28 maja 2009 r.**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Urząd Dozoru Technicznego , 02-353 Warszawa, ul. Szczeńliwicka 34 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 uiszczzonego przez **Gildia Sp. z o. o. , 20-135 Lublin, Dworska 15B;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Urząd Dozoru Technicznego, 02-353 Warszawa, ul. Szczęśliwicka 34** na rzecz **Gildia Sp. z o. o. , 20-135 Lublin, Dworska 15B** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Gildia Sp. z o. o. , 20-135 Lublin, Dworska 15B.**

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

Zamawiający - Urząd Dozoru Technicznego prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest "zakup wyposażenia pomiarowo - badawczego dla Urzędu Dozoru Technicznego"

Przedmiot zamówienia podzielony został na 3 zadania:

nr 1 - wyposażenie inspektora UTB;

nr 2 - wyposażenie inspektora UC;

nr 3 - wyposażenie do badań ultra dźwiękowych.

W dniu 20.05.2009 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wynikach postępowania – wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez „NDN” Zbigniew Daniluk z siedzibą w Warszawie (dalej: NDN Zbigniew Daniluk).

GILDIA Sp. z o. o. w dniu 28.05.2009r. (pismo z tej samej daty) wniosła protest wobec czynności zamawiającego polegających na:

dla zadania nr 1 - zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez NDN Zbigniew Daniluk;

dla zadania nr 2 - zaniechaniu odrzucenia ofert złożonych przez NDN Zbigniew Daniluk oraz MERAZET S.A., z siedzibą w Poznaniu.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2009 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655, dalej również: Pzp). Wskazując, że bezprawne działanie zamawiającego pozbawiło go możliwości uzyskania zamówienia wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty NDN Zbigniew Daniluk, dokonania ponownego badania ofert i oceny ofert, a w konsekwencji dla zadania nr 1 odrzucenie oferty złożonej przez NDN Zbigniew Daniluk, zaś dla zadania nr 2 odrzucenie ofert złożonych przez NDN Zbigniew Daniluk i MERAZET S.A. oraz o dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem ofert odrzuconych.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia 8.06.2009r., które protestujący otrzymał w dniu 9.06.2009r. Zamawiający postanowił:

1. uznać protest jako zasadny w zakresie zaniechania odrzucenia oferty NDN Zbigniew Daniluk w zadaniu nr 2, potwierdzając zarzuty protestu w odniesieniu do poz. 17 (termometr cyfrowy) i poz. 18 (termometr cyfrowy dotykowy). Zamawiający oświadczył, że powtórzy czynność badania i oceny ofert w zakresie zadania 2.

2. oddalić protest jako niezasadny w zakresie:

zaniechania odrzucenia oferty NDN Zbigniew Daniluk - w zadaniu nr 2 (poz. 2);

zaniechania odrzucenia oferty MERAZET S.A. - w zadaniu nr 2 (poz. 17 i 18).

3. unieważnić postępowanie w zakresie zadania nr 1, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 Pzp.

Uzasadniając czynność unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 1 zamawiający stwierdził, że żaden z trzech wykonawców (protestujący, NDN Zbigniew Daniluk, MERAZET S.A.) w poz. 27 (tachometr) nie spełnił wymagania postawionego w specyfikacji technicznej. Zamawiający wymagał wskazania „świadectwa wzorcowania Głównego Urzędu Miar lub akredytowanego laboratorium wzorcującego”. Tymczasem Słowacki Instytut Meteorologiczny (wskazany w ofercie protestującego), jak i Okręgowy Urząd Miar w Poznaniu (wskazany w ofertach NDN Zbigniew Daniluk oraz MERAZET S.A.) nie są instytucjami, które spełniają wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz). Zamawiający ocenił, że wymóg dotyczący świadectwa wzorcowania jest niemożliwy do spełnienia przez wykonawców ze względu na brak instytucji wzorujących i dlatego zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp unieważnił postępowanie w tym zakresie.

Jednocześnie zamawiający wywiódł, że w zakresie zadania nr 1 poz. 16 (multimetr), wszystkie oferty nie uwzględniają pisma zamawiającego z dnia 20.04.2009, tj. wykonawcy zaoferowali mierniki, które nie posiadają możliwości pomiaru pojemności i częstotliwości. W związku z powyższym wszystkie oferty podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, a postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Nie zgadzając się z rozstrzygnięciem protestu w zakresie zadania nr 1 GILDIA Sp. z o. o. w dniu 17.06.2009 r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego (pismo z dnia 17.06.2009 r.) wniosła odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zachowując wynikający z art. 184 ust. 2 Pzp warunek jednoczesności przekazania kopii treści odwołania zamawiającemu.

Odwołujący się podtrzymał zarzuty protestu, tj. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty NDN Zbigniew Daniluk, mimo, iż oferta nie odpowiada treści siwz.

Odwołujący się wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienie postępowania;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego się;
- 3) dokonania ponownego badania ofert i oceny ofert, a w konsekwencji dla zadania nr 1 odrzucenia oferty złożonej przez NDN Zbigniew Daniluk;
- 4) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem ofert odrzuconych.

Odwołujący się zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, iż Okręgowy Urząd Miar w Poznaniu nie może wystawić wymaganego świadectwa wzorcowania tachometru. Podniósł jednak, że złożone w jego ofercie świadectwo wystawione przez Słowacki Instytut Meteorologiczny odpowiada wymaganiom siwz, zatem unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w poz. 27 (tachometr) nie jest zasadne.

W odniesieniu do poz. 16 (multimetr) odwołujący się wywiódł, że powoływane przez zamawiającego pismo z dnia 20.04.2009 r. precyzuje jedynie wymagania na użytek przeprowadzania wzorcowania i nie może być uznane za modyfikację wymagań w odniesieniu do multimetru zawartych w załączniku nr 5a do siwz w poz. 16, co wynika zwłaszcza z pytania 3. Odwołujący się wskazał, że skoro oferowany przez niego multimetr spełnia wymagania określone w załączniku Nr 5a do siwz, to złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu a postępowanie nie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Izba ustaliła na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu. Katalog przesłanek odrzucenia odwołania zawarty w art. 187 ust. 4 Pzp ma charakter enumeratywny, nie doznający żadnych wyjątków, ani rozszerzeń (*numerus clausus*). W okolicznościach faktycznych sprawy nie zaszła żadna z przesłanek wymienionych w przywołanym przepisie. Zawarcie w odwołaniu żądania unieważnienia postępowania nie skutkuje koniecznością odrzucenia odwołania w oparciu o art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp. Przywołany przepis nakazuje odrzucenie odwołania, które nie zostało poprzedzone protestem. Protest i wniesione w jego następstwie niniejsze odwołania dotyczyły zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą. Izba jest związana zarzutami protestu nie jego żądaniami (*arg. a contrario*

z art. 191 ust. 3 Pzp, podobnie wyrok KIO z dnia 26.02.2008 roku, sygn. akt KIO/UZP/102/08 oraz z dnia 24.09.2008r. sygn. akt KIO/UZP/961/08). Zarzut stanowi wskazanie czynności albo zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności do których jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy oraz okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym zamieszczenie w treści odwołania nowego żądania, wynikłego z rozstrzygnięcia protestu nie może stanowić uzasadnienia dla odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp.

Zamawiający protest wniesiony odwołującego się rozstrzygnął w ten sposób, że uznał za trafny zarzut dotyczący braku właściwego świadectwa wzorcowania dla oferowanego przez NDN Zbigniew Daniluk w poz. 27 załącznika nr 5a tachometru, jednak nie zapowiedział żądanej przez odwołującego się czynności ponownego badania i oceny ofert, a dokonał nowej czynności polegającej na unieważnieniu postępowania.

Art. 191 ust. 3 Pzp stanowi, że Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Unieważnienie postępowania stanowi czynność zamawiającego, od której przysługują wykonawcom odrębne środki ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 184 ust.1 Pzp odwołanie jest środkiem ochrony prawnej przysługującym od rozstrzygnięcia protestu. Zatem wykonawca może wnieść odwołanie, nie tylko od niekorzystnego dla siebie rozstrzygnięcia zamawiającego ale również w sytuacji, gdy rozstrzygnięcie nie jest dla niego niekorzystne *expressis verbis* tzn., gdy zamawiający oddała protest, ale również w sytuacji, gdy rozstrzygnięcie protestu z innych przyczyn nie jest dla niego satysfakcjonujące. W okolicznościach sporu zaistniała druga ze wskazanych możliwości, gdyż zamawiający wprawdzie potwierdził zarzuty protestu wobec oferty najkorzystniejszej, jednak wywiódł z tego inny skutek, niż zakładany przez odwołującego się. Nie można zatem uznać, że odwołanie jest bezprzedmiotowe. Nawet jednak gdyby tak było, dla odrzucenia odwołania konieczne byłoby zaistnienie przesłanki zawartej w art. 187 ust. 4 Pzp.

Odwołujący się pismem z dnia 17.06.2009r. wniósł protest wobec czynności unieważnienia postępowania, które kontynuuje w odwołaniu (co wynika ze zgodnego oświadczenia stron) Zamawiający nie składał przed rozprawą wniosku o łączne rozpatrywanie niniejszego odwołania oraz odwołania wniesionego wobec czynności unieważnienia postępowania. Wobec stwierdzenia przez Izbę braku podstaw do odraczenia niniejszej rozprawy w celu ewentualnego późniejszego (w szczególności wobec braku zaistnienia przesłanki wskazanej w art. 187 ust. 1 *in fine* Pzp) łącznego rozpoznania obu wniesionych odwołań Izba

stwierdziła, że przedmiotem rozpoznania na niniejszej rozprawie jest wyłącznie wskazany w proteście zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty NDN Zbigniew Daniluk.

Wobec powyższego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11.02.2009 r. pod numerem 2009/S 28-041053.

Zamawiający w rozdziale II pkt 1 siwz wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowego i nienoszącego śladów uszkodzeń zewnętrznych oraz uprzedniego używania wyposażenia pomiarowo-badawczego dla Urzędu Dozoru Technicznego. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Specyfikacja Techniczna Wyposażenia Pomiarowo-Badawczego – załącznik nr 5a, 5b 5c do siwz (str. 1 siwz). W rozdziale IV pkt 4 siwz zamawiający jako wymaganie w zakresie zawartości oferty oraz dokumentów do niej załączonych ustalił wymóg złożenia w ofercie Specyfikacji Technicznej Wyposażenia Pomiarowo-Badawczego – odpowiednio do zadania - załącznika nr 5a, 5b 5c do siwz (str. 3 siwz).

Zakresu rozpoznania odwołania – zadania nr 1 - dotyczy załącznik Nr 5a.

Zamawiający określił w nim, że wykonawcy składający oferty winni określić nazwę i typ, wytwórcę oferowanego urządzenia oraz zestawienie oferowanych parametrów oraz wskazać (dla większości oferowanych urządzeń) świadectwo wzorcowania.

W odniesieniu do poz. 27 (tachometr) zamawiający wymagał świadectwa wzorcowania Głównego Urzędu Miar lub akredytowanego laboratorium wzorcującego.

Zamawiający w zadaniu nr 1, w załączniku Nr 5a do siwz wyspecyfikował 35 urządzeń. Niezgodność któregośkolwiek z oferowanych urządzeń z treścią siwz, skutkuje koniecznością odrzucenia oferty złożonej w zadaniu nr 1.

NDN Zbigniew Daniluk zaoferował w poz. 27 załącznika nr 5a tachometr cyfrowy DT-2236 i wskazał, że jednostką wystawiającą świadectwo wzorcowania jest Okręgowy Urząd Miar w Poznaniu (str 25 oferty).

Do protestu odwołujący się dołączył pismo Okręgowego Urzędu Miar w Poznaniu (znak WO/2386.1/2009, załącznik nr 2 do protestu) z którego wynika, że w odniesieniu do tachometrów Urząd nie wykonuje wzorcowania w zakresie akredytacji.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie protokołu ZP-1, siwz, oferty NDN Zbigniew Daniluk oraz powoływanego pisma Okręgowego Urzędu Miar w Poznaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie zarzutów dotyczących oferty wybranej, da odwołującemu się możliwość uzyskania zamówienia.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że uznał protest w odniesieniu do zadania nr 1 w części dotyczącej zaniechania odrzucenia NDN Zbigniew Daniluk na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Konieczność odrzucenia oferty NDN Zbigniew Daniluk jest niesporna między stronami, a fakt złożenia przez tego wykonawcę niewłaściwego świadectwa wzorcowania nie wymaga dowodu, gdyż wobec pisma Okręgowego Urzędu Miar w Poznaniu przyznanie zamawiającego w tym zakresie nie budzi wątpliwości co do zgodności ze stanem faktycznym (art. 188 ust. 5 zd. 2 Pzp).

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp znalazł potwierdzenie. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie został podtrzymany na rozprawie a jedynie przywołany w treści protestu i odwołania. Samo wskazanie przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych nie tworzy zarzutu.

Potwierdzenie zarzutu naruszenia Art. 98 ust.1 pkt 2 Pzp i zaniechania czynności odrzucenia oferty najkorzystniejszej mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zatem Izba na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1a uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego się, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, ograniczając je do wysokości 3600 zł zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 ze zm.).

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 ze zm.) 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:

.....

.....