

Sygn. akt KIO/UZP 922/09

WYROK

z dnia 3 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek

Ewa Jankowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Gildia Sp. z o.o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Dozoru Technicznego, ul. Szczęśliwicka 34, 02-353 Warszawa** protestu z dnia 17 czerwca 2009 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności badania ofert i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Urząd Dozoru Technicznego, ul. Szczęśliwicka 34, 02-353 Warszawa** 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 uiszczonego przez **Gildia Sp. z o.o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Urząd Dozoru Technicznego, ul. Szczęśliwicka 34, 02-353 Warszawa** na rzecz **Gildia Sp. z o.o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **xxx zł xxx gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Gildia Sp. z o.o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin**.

Uzasadnienie

Zamawiający **Urząd Dozoru Technicznego** z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie w trybie przetargu ograniczonego na „Zakup wyposażenia pomiarowo-badawczego”.

11.02. 2009 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE poz. 2009/S 28-041053.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami 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, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101), zwanej dalej Pzp.

Zamawiający powiadomił o odrzuceniu oferty wykonawcy Gildia sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i o unieważnieniu postępowania art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 Pzp ze względu na postawienie wymagania niemożliwego do spełnienia.

17.06. 2009 r. wykonawca Gildia złożył w zakresie „Zadania nr 1 – wyposażenie inspektora UTB” protest na czynności zamawiającego podjęte w toku postępowania, polegające na:

- 1) odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, oferty złożonej przez protestującego, w sytuacji, kiedy oferta spełnia wymagania specyfikacji;
- 2) unieważnieniu, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 Pzp, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, kiedy nie zachodzą przesłanki do unieważnienia określone w tych przepisach.

Protestujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 Pzp.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów interes protestującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku.

Protestujący żąda:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez protestującego;
- 3) ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert;
- 4) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem ofert odrzuconych.

Nie zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 Pzp i odrzucenia oferty protestującego. Jest tak z następujących przyczyn:

Po pierwsze, w odniesieniu do przesłanek zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp:

Zamawiający oparł dokonaną przez siebie czynność na błędnym przekonaniu, iż „Wymóg dołączenia świadectw wzorcownia jest niemożliwy do spełnienia przez wykonawców ze względu na brak instytucji wzorcujących”. Tymczasem jest inaczej, bowiem żądanie dołączenia świadectwa wzorcownia dla tachometru cyfrowego jest żądaniem możliwym do spełnienia przez wykonawców biorących udział w postępowaniu. Niewątpliwie Słowacki Instytut Metrologiczny (SIM) jest instytucją wzorcującą, uprawnioną do wydawania świadectw wzorcowania.

Protestujący wskazał w ofercie, iż dla urządzenia – tachometru cyfrowego – jednostką wystawiającą świadectwo wzorcowania jest Słowacki Instytut Metrologiczny. W zakresie akredytacji wspomnianego Instytutu mieszczą się m.in. wyroby zawierające kryształy oscylacyjne, tzw. rezonatory kwarcowe. Oferowany przez protestującego przyrząd, tachometr cyfrowy DT-2236 jest urządzeniem zawierającym w sobie takie kryształki, będące

źródłem częstotliwości odniesienia, która w prosty sposób może być transponowana na przebieg oscylacyjny, a ta na prędkość obrotową, którą mierzy tachometr. Słowacki Instytut Metrologiczny jest instytucją wzorcującą, uprawnioną do wydawania świadectw wzorcowania. Z treści świadectwa akredytacji wynika, iż Instytut jest uprawniony do wykonywania wzorcowania przyrządów do pomiaru długości, kąta płaskiego, czasu, kalibracji mierników poziomu dźwięku, pistofonów (*urządzenie służące do wzorcowania pomiarowych odbiorników dźwięku*) i mikrofonów. Instytut posiada możliwości do niezależnego i wiarygodnego dokonywania wzorcowania, laboratorium jest zgodne z wymaganiami normy ISO/IEC 17025:2005. Odwołujący złożył świadectwo akredytacji nr K-039 oraz załącznik do świadectwa akredytacji, określający zakres akredytacji laboratorium.

Skoro tak, i skoro protestujący zaoferował urządzenie, dla którego jednostką wystawiającą świadectwo wzorcowania jest Słowacki Instytut Metrologiczny, posiadający akredytację we wspomnianym wyżej zakresie, uznać należy, iż Urząd ten wystawił prawidłowe świadectwo wzorcowania danego urządzenia. Tym samym potwierdzono, iż wzorcowane urządzenia spełniają określone wymagania techniczne. Tachometr cyfrowy zaoferowany przez protestującego spełnia zatem wymagania zamawiającego określone w specyfikacji, dotyczące posiadania świadectwa wzorcowania GUM lub akredytowanego laboratorium wzorcującego.

Po drugie, w odniesieniu do przesłanek zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz w odniesieniu do kwestii odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, oferty protestującego:

Zamawiający oparł dokonaną przez siebie czynność na twierdzeniu wykonawcy MERAZET S.A. (treść pisma wykonawcy MERAZET S.A. nie jest znana protestującemu) jakoby wszystkie oferty złożone w postępowaniu nie uwzględniły pisma zamawiającego z 20.04.2009 r. w zakresie poz. 16 multimetr. Skutkiem tego – w ocenie Zamawiającego – wszystkie oferty podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a co za tym idzie postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Tymczasem pismo zamawiającego z 20.04.2009 r. w odniesieniu do zadania nr 1 poz. 16 multimetr – precyzuje jedynie wymagania na użytek przeprowadzania wzorcowania. Przedmiotowego pisma nie można uznać za modyfikację wymagań w odniesieniu do multimetru zawartych w załączniku 5a do specyfikacji pod poz. 16 – Multimetr. Potwierdzeniem takiego toku rozumowania jest lektura postanowień ww. załącznika oraz treści pisma zamawiającego z 20.04.2009 r., a w szczególności uważna lektura treści pytania nr 3.

Z treści powołanych dokumentów wynika, iż wymagania odnoszące się do multimetru zawarto w załączniku 5a do specyfikacji pod poz. 16 – Multimetr, natomiast odpowiedź na

pytanie nr 3 zawarta w piśmie zamawiającego z 20.04.2009 r. dotyczy wyłącznie kwestii przeprowadzania wzorcowania przez jednostki akredytowane.

Biorąc pod uwagę powyższe, nie zachodzi przyczyna odrzucenia oferty protestującego, a tym samym brak podstaw do unieważnienia postępowania.

19.06. 2009 r. wykonawca NDN Zbigniew Daniluk, Warszawa, przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

26.06. 2009 r. zamawiający zawiadomił o oddaleniu protestu jako niezasadnego.

Zamawiający podtrzymuje swoją decyzję dotyczącą unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 1, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, ponieważ żaden z trzech wykonawców w poz. 27 (tachometr) nie był w stanie spełnić wymagania postawionego w specyfikacji technicznej w zakresie wykonania świadectwa wzorcowania przez GUM lub akredytowane laboratorium wzorcujące.

Jednocześnie zamawiający przyznaje, że w poz. 16 (multimetr) wymagania dotyczące multimetru zostały zawarte w załączniku nr 5a do specyfikacji, a odpowiedź zamawiającego na pytania z dnia 20.04.2009 r. dotyczyła zakresów i punktów pomiarowych wzorcowania przeprowadzonego przez akredytowane laboratorium.

Jednakże, pomimo uwzględnienia argumentacji protestującego w zakresie poz. 16, zamawiający nadal pozostaje na stanowisku, iż słusznie unieważnił zadanie nr 1 i dlatego nie znajduje przyczyn do uwzględnienia żądań protestującego dotyczących:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez protestującego;
- 3) ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert;
- 4) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem ofert odrzuconych.

Ponadto, w zakresie przystąpienia do protestu przez wykonawcę „NDN” Zbigniew Daniluk z Warszawy, zamawiający informuje, że przedmiotowe przystąpienie zostało wniesione nieskuteczne, gdyż wykonawca nie ma interesu prawnego w unieważnieniu postępowania.

06.07. 2009 r. wykonawca Gildia złożył odwołanie.

Odwołujący podtrzymał zarzuty podniesione w proteście. Odwołujący zarzucił zamawiającemu dokonanie poniższych czynności z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 Pzp:

1) odrzucenie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, oferty złożonej przez odwołującego, w sytuacji, kiedy oferta spełnia wymagania specyfikacji;

2) unieważnienie, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 Pzp, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, kiedy nie zachodzą przesłanki do unieważnienia określone w ww. przepisach.

Jednocześnie Odwołujący podkreśla, co następuje:

Zamawiający wymagał w pozycji 27 wskazania „świadectwa wzorcowania GUM lub akredytowanego laboratorium wzorcującego”.

Odwołujący wskazał w ofercie, iż dla urządzenia – tachometru cyfrowego – jednostką wystawiającą świadectwo wzorcowania jest Słowacki Instytut Metrologiczny. Z treści świadectwa akredytacji wynika, iż Instytut jest uprawniony do wykonywania wzorcowania przyrządów do pomiaru długości, kąta płaskiego, czasu, kalibracji mierników poziomu dźwięku, pistofonów i mikrofonów. Instytut posiada możliwości do niezależnego i wiarygodnego dokonywania wzorcowania, laboratorium jest zgodne z wymaganiami normy ISO/IEC 17025:2005. Na poparcie powyższego odwołujący składa świadectwo akredytacji nr K-039 oraz załącznik do świadectwa akredytacji, określający zakres akredytacji laboratorium.

Skoro tak, i skoro odwołujący zaoferował urządzenie, dla którego jednostką wystawiającą świadectwo wzorcowania jest Słowacki Instytut Metrologiczny, posiadający akredytację we wspomnianym wyżej zakresie, uznać należy, iż Urząd ten wystawił prawidłowe świadectwo wzorcownia danego urządzenia. Tym samym potwierdzono, iż wzorcowane urządzenie spełnia określone wymagania techniczne.

W związku z tym w postępowaniu istnieje obiektywna możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej. Oferta złożona przez odwołującego spełnia wszystkie wymagania zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania, a także biorąc pod uwagę dowód złożony przez odwołującego i wyjaśnienia oraz oświadczenia stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – dotyczący bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego spełniającej wymagania specyfikacji – należy uznać za zasadny.

Zamawiający uznał, że wszystkie oferty – a w tym oferta odwołującego – nie spełniały wymagania zawartego w załączniku 5a do specyfikacji pod poz. 16 – Multimetr. W związku z

tym zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i ze względu na brak ofert niepodlegających odrzuceniu, zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Na rozprawie odwołujący przedstawił dowód w postaci pisma z 08.07. 2009 r. (znak: 208/210/09) Słowackiego Instytutu Metrologicznego (SIM), wraz z tłumaczeniem tłumacza przysięgłego, z którego wynika, że oferta spełnia wszystkie wymagania zamawiającego. Okoliczność tę przyznał zamawiający, po wnikliwym zapoznaniu się z treścią pisma Słowackiego Instytutu Metrologicznego i złożył oświadczenie, że cyt. „[...] przyjmuje dokument jako dowód na możliwość wydania świadectwa wzorcowania w pełnym zakresie, oczekiwanym przez Zamawiającego w specyfikacji.”.

Skład orzekający Izby uznał, że przyznanie okoliczności przez stronę przeciwną, czyli przez zamawiającego nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy i wobec tego skład orzekający Izby przychyliła się do zarzutu odwołującego w zakresie odrzucenia oferty odwołującego, gdyż w tym stanie rzeczy odrzucenie oferty odwołującego byłoby bezpodstawne i wobec tego niezgodne z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdza, że skoro co najmniej jedna z ofert spełnia wymagania zamawiającego i nie podlega odrzuceniu, to nie można unieważnić postępowania o udzielenia zamówienia publicznego powołując się na unormowanie art. 93 ust. 1 Pzp. W związku z tym drugi zarzut odwołującego – bezpodstawnego unieważnienia, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, kiedy nie zachodzą przesłanki do unieważnienia określone w tych przepisach – należy uznać za zasadny.

Również, że względu na to, że wymaganie precyzujące wzorcowanie okazało się możliwym do spełnienia przynajmniej przez jeden podmiot – SIM. W związku z tym upadł argument, że postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż sam zamawiający określił wymaganie w sposób niemożliwy do spełnienia. Wobec tego skład orzekający Izby stwierdza, że postępowanie nie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a więc nie podlega unieważnieniu.

W tym stanie rzeczy skład orzekający Izby uznał, że potwierdzenie znalazły zarzuty dotyczące naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 i 7 Pzp oraz zaniechania dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Na podstawie § 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), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła zamawiającego uznając za uzasadnione koszty odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

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, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742) 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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*