

Sygn. akt KIO 1597/10

POSTANOWIENIE
z dnia 4 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron dnia 4 sierpnia 2010 r. w Warszawie, odwołania wniesionego dnia 28 lipca 2010 r. przez **Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego w Kaliszu Sp. z o.o., ul. Przybrzeżna 37, 62-800 Kalisz**, od czynności Zamawiającego, którym jest **Komenda Miejska Państwowej Straży Pożarnej w Krakowie, ul. Westerplatte 19, 31-951 Kraków**

orzeka:

- 1. odrzuca odwołanie,**
- kosztami postępowania obciąża **Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego w Kaliszu Sp. z o.o., ul. Przybrzeżna 37, 62-800 Kalisz** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego w Kaliszu Sp. z o.o., ul. Przybrzeżna 37, 62-800 Kalisz** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do postanowienia z dnia 4 sierpnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1597/10

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po dniu 29 stycznia 2010 r., to jest po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym. Jednocześnie Izba ustaliła, że na podstawie art. 7 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w zw. z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238) i § 38 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280), do przedmiotowego odwołania mają zastosowanie przepisy wymienionych powyżej rozporządzeń.

Nadto Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w postępowaniu o wartości szacunkowej nieprzekraczającą wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej: „Pzp” (akta sprawy odwoławczej), którego przedmiotem jest wyłonienie Wykonawcy w zakresie zakupu i dostawy odzieży specjalnej oraz hełmów strażackich dla Komendy Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w Krakowie (Nr sprawy MT-2370/8/10) - ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 08.07.2010 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 201552-2010.

Zamawiający w dniu 23.07.2010 r. (drogą emaliową) przekazał zawiadomienie o rozstrzygnięciu (wyniku) postępowania i wyborze najkorzystniejszej oferty w części II: firmy KADIMEX BIURO HANDLOWE Mariusz Przybytniak, ul. Wólczyńska 290, 01-919 Warszawa zwany dalej: „KADIMEX BIURO HANDLOWE Mariusz Przybytniak”. W uzasadnieniu wyboru Zamawiający wskazał, że wybrał ofertę w/w jako najkorzystniejszą w jedynym kryterium jakim była cena.

Kaliskie Zakłady Przemysłu Terenowego w Kaliszu Sp. z o.o., ul. Przybrzeżna 37, 62-800 Kalisz zwane dalej: „Kaliskimi Zakładami Przemysłu Terenowego w Kaliszu Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” wniosły odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zwanego dalej: „Prezes KIO” dnia 28.07.2010 r. (wpływ bezpośredni - prezentata na piśmie), wobec, jak stwierdził, treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, tj. części II przedmiotu zamówienia - wymagania

dodatkowe pkt 3, zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7, art. 29 i art. 30 Pzp. Odwołanie podpisał Prezes Zarządu Barbara Łopatka ujawniona w KRS i umocowana do samodzielnej reprezentacji zgodnie z KRS-em załączonym do odwołania. Wpis uiszczono 28.07.2010 r. (dowód uiszczenia wpisu). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu faxem w dniu 28.07.2010 r. (zgodnie z raportem faxowym – w dowodzie przesłania kopii odwołania). Wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu :

a) dokonania zmiany w SIWZ - w części II wymagania dodatkowe - pkt 3 - przez wskazanie jednoznacznego sposobu udokumentowania przez Wykonawcę współpracy hełmu strażackiego z aparatami oddechowymi Fenzy, Drager i Auer,

b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert przy uwzględnieniu odpowiedniej dokumentacji współpracy hełmu z aparatami oddechowymi.

2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownego wyboru oferty przy uwzględnieniu udokumentowania współpracy hełmu ze wskazanymi wyżej aparatami oddechowymi.

Wskazał, że SIWZ otrzymał w dniu 08.07.2010 r. Złożył w wymaganym terminie ofertę wraz z wszystkimi żądanymi przez Zamawiającego dokumentami oraz jednym egzemplarzem hełmu strażackiego. W SIWZ Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, tj. hełm strażacki przywołując przepisy rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie wykazu wyrobów służących zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia, a także zasad dopuszczalności tych wyrobów do użytkowania (Dz. U. z 2007 r. Nr 143, poz. 1002 z póź. zm.) oraz Polską Normę PN-EN-443:2008. Nadto, Zamawiający podał w SIWZ wymagania dodatkowe – pkt 3 - hełm strażacki musi mieć możliwość współpracy z aparatami oddechowymi Fenzy, Drager i Auer. Zamawiający stawiając w/w warunek nie określił w jaki sposób Wykonawcy mają udokumentować możliwość współpracy oferowanych hełmów z oznaczonymi imiennie aparatami oddechowymi. Brak również w SIWZ szczegółowego określenia typu masek, co jest niezmiernie ważne w zachowaniu szczelności połączenia hełmu z maską. Stwierdził, że taki opis przedmiotu zamówienia jest sprzeczny z przepisami art. 29 ust. 1 Pzp, a nadto narusza zasady przewidziane przepisami art. 7 ust. 1, tj. zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Aby każdy z wykonawców na pewno spełniał żądany warunek Zamawiający powinien wskazać dokument, który powinien zostać przedstawiony na powyższą okoliczność przez wykonawców składających oferty. Przy braku dopracowania w SIWZ owego warunku, cały zapis SIWZ, w jego ocenie, traci sens tak faktyczny, jak i prawny.

Dodatkowo stwierdził, że jako jedyny spośród wykonawców jest rzeczywistym producentem hełmów przeprowadził badania w CIOP-PIB, jednostce notyfikowanej nr 1437

i posiada dokument potwierdzające współpracę produkowanego przez niego hełmu ze wskazanymi przez Zamawiającego aparatami oddechowymi. W załączeniu przedkładając pismo CIOP-PIB z dnia 24.02.2010 r. znak NO/96/2010. Podniósł, że kompatybilność hełmu z odpowiednim typem aparatu oddechowego jest podstawowym elementem decydującym o zdrowiu i życiu strażaka podczas akcji ratowniczo - gaśniczej. Prawidłowo dobrane maska i hełm stanowią kompletną ochronę strażaka. Stwierdził dodatkowo, że posiada wiedzę, że KADIMEX BIURO HANDLOWE Mariusz Przybytniak nie posiada stosownych badań wykonanych przez akredytowany instytut w zakresie całkowitego przecieku wewnętrznego. Dowód - pismo z dnia 22.02.2010 znak AWO/L.dz./46/02/10. Przyjęcie przez Zamawiającego wyłącznie kryterium cenowego bez rozważenia mało precyzyjnego warunku dodatkowego, który zresztą sam wskazał, powinno stanowić podstawę do nakazania Zamawiającemu odpowiednie uzupełnienie SIWZ i przeprowadzenie ponownego wyboru ofert wykonawców.

Zamawiający w dniu 30.07.2010 r., faxem (02.08.2010 r. pocztą) udzielił odpowiedzi na odwołanie, uznając zarzut Odwołującego dotyczący nieprecyzyjnego zapisu w SIWZ w Części II wymagania dodatkowe - pkt. 3, wnioskując o umorzenie postępowania i stwierdzając, że zamierza unieważnić część II postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest wyłonienie Wykonawcy w zakresie zakupu i dostawy odzieży specjalnej oraz hełmów strażackich dla Komendy Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w Krakowie oraz zamierza ogłosić nowe postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego po doprecyzowaniu zapisu w SIWZ w cz. II wymagania dodatkowe - pkt 3. Stwierdził, że umieszczając sporny zapis SIWZ oczekiwał, że kupi hełm strażacki, który nie będzie utrudniał pracy strażaka w masce z nagłowiec typu Fenzy, Drager i Auer (takie maski i aparaty obecnie posiada zamawiający), co zostanie sprawdzone poprzez założenie hełmu przez strażaka i sprawdzenie praktyczne możliwości pracy. Po sprawdzeniu przez komisję przetargową w sposób praktyczny oferowanych w postępowaniu przez 3 wykonawców hełmów strażackich, Zamawiający, jak podniósł, nie odrzucił żadnej oferty ponieważ jego zdaniem wszystkie oferowane hełmy spełniały postawiony warunek. Jednakże, biorąc pod uwagę kwestię nieprecyzyjnego zapisu w SIWZ w cz. II wymagania dodatkowe - pkt 3, wskazał, że Zamawiający uwzględnił żądanie zmiany zapisu tego wymagania ponieważ może on wskazywać inną interpretację, niż Zamawiający miał w zamyśle formułując ten zapis. Zamawiający nie chciał bowiem kupić hełmów, które współpracują z maskami bez nagłowiec (przyczepianymi do hełmów). Zamawiający uważa, że nie może powtórzyć czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty w obecnym postępowaniu przetargowym, ponieważ żaden z oferowanych hełmów strażackich nie spełnia tak zinterpretowanego przez odwołującego zapisu w cz. II wymagania dodatkowe - pkt 3 o współpracy hełmu strażackiego z aparatami oddechowymi Fenzy, Drager i Auer. W tym także odwołujący nie spełnia tego warunku zgodnie z załączonym do odwołania przez

odwołującego badaniem CIOP PIB z dnia 24.02.2010 r., w którym zawarto informację, że na podstawie przeprowadzonych badań (raport z badań 174/PB/2007/NO z dnia 23.04.2007 r.) hełmy strażackie Calisia AK-06/2009 oraz AK-06/2009 (wersja II) przy współpracy z maską FENZY-PANO oraz maską MSA Auer Ultra Elite spełniają wymagania normy PN-EN 136:2001 pkt. 8.16 (dot. wyznaczania całkowitego przecieku wewnętrznego dla sprzętu ochrony układu oddechowego), ponieważ w przytoczonym badaniu jest mowa tylko o dwóch typach masek (brak informacji na temat współpracy z aparatami Drager), a Zamawiający w Części II wymagania dodatkowe - pkt 3 zawarł wymaganie o współpracy hełmu strażackiego z aparatami oddechowymi Fenzy, Drager i Auer nie wskazując konkretnego typu maski i aparatu. W związku z powyższym, jego zdaniem, Odwołujący nie posiada interesu prawnego w złożeniu odwołania, ponieważ jak wyżej wspomniano oferowany przez niego hełm strażacki nie spełniałby wymagań przy tak zinterpretowanym przez odwołującego zapisie SIWZ w Części II wymagania dodatkowe - pkt. 3.

Ponadto na etapie ogłoszenia o zamówieniu nie wpłynęły do Zamawiającego żadne pytania. wnioski, jak również nie wpłynęło odwołanie do SIWZ. Wobec tego Zamawiający domniemywał, że SIWZ jest zrozumiały dla wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe wnioskuję o umorzenie postępowania bez otwarcia posiedzenia i zamierza unieważnić cz. II w/w postępowania ze względu na niemożność rozstrzygnięcia przetargu przy możliwości różnej interpretacji nieprecyzyjnego i niejednoznacznie rozumianego zapisu podnoszony przez odwołującego. Zamawiający przewiduje ogłoszenie nowego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego po doprecyzowaniu zapisu w SIWZ w cz. II wymagania dodatkowe - pkt 3, przez zmianę umożliwiającą zakup hełmów strażackich dostosowanych do masek z nagłowieni i aparatów oddechowych, które Zamawiający dotychczas posiada na wyposażeniu.

Zdaniem Zamawiającego w przypadku zakupu hełmów do współpracy z maskami bez nagłowia zasadnym jest dokonywanie zakupu łącznie maski z hełmem. Osobny zakup maski i hełmu w znacznej odległości czasowej może powodować problemy z punktu widzenia użytkowania przez strażaka poprzez trudności z dopasowaniem typu i rozmiaru maski do danego typu hełmu.

Izba ustaliła, że do Prezesa KIO w trzydniowym terminie, tj. do 02.08.2010 r., żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 Pzp). Zgodnie z informacją uzyskaną z akt sprawy odwoławczej, Zamawiający zawiadomienie o złożeniu odwołania przesłał uczestnikom postępowania w dniu 29.07.2010 r. emailiem.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba z urzędu na posiedzeniu niejawnym dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust 2 pkt 6 Pzp w związku z art. 180 ust. 2 Pzp.

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę nieprzekraczającą wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust 2 Pzp w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego. W oparciu o regulację art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartość zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 Pzp.

Izba wskazuje, że z uwagi na okoliczność, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione na etapie po wyborze oferty najkorzystniejszej, uznała że zostało ono wniesione w terminie (zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp: zawiadomienie 23.07.2010 r. – odwołanie wpływ bezpośredni: 28.07.2010 r.), podobnie w konsekwencji uznając, że w terminie został uiszczony wpis (28.07.2010 r.). Należy stwierdzić bowiem, że podstawą do jego wniesienia była czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części II, w przeciwnym razie działanie Odwołującego byłoby celowościowo sprzeczne, gdyż zamierzałoby do skutecznego wnoszenie odwołania na treść SIWZ (a tak literalnie możnaby wnosić z odwołania) nie tylko po terminie składania ofert, ale po wyborze oferty najkorzystniejszej. Jest bowiem powszechnie wiadome, że nie można wnosić o zmianę SIWZ po terminie składania ofert, z uwagi na zakaz takiej zmiany po wskazanym terminie wynikający wprost z art. 38 ust. 4 Pzp.

Zarzuty podniesione w odwołaniu nie dotyczą wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, czy też odrzucenia jego oferty. Odnoszą się bowiem do wyboru oferty najkorzystniejszej w części II, o której powtórzenie Odwołujący wnosi przy uwzględnieniu zmiany postanowień SIWZ, niemożliwej do przeprowadzenia na tym etapie postępowania. Świadczy o tym także fakt, że w przedostatnim akapicie odwołania kwestionuje zasadność wyboru w części II KADIMEX BIURO HANDLOWE Mariusz Przybytniak, wskazując na *de facto* konieczność odrzucenia oferty przywołanego Wykonawcy. Zarzuca także naruszenie przez Zamawiającego m.in. art. 29 oraz 30 Pzp, tj.

przepisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Jednakże Odwołujący nie ma legitymacji do wnoszenia odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części II, czy też zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, tudzież wykluczenia wybranego Wykonawcy z postępowania z uwagi na zamknięty katalog czynności wynikający z art. 180 ust. 2 Pzp, nie obejmujący także jakichkolwiek zaniechań. Izba wskazuje, że także brak jest legitymacji do wnoszenia odwołania w postępowaniu o wartość zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, na opis przedmiotu zamówienia, tudzież treść ogłoszenia, czy też postanowienia SIWZ, za wyjątkiem opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zasadne jest przy tym podkreślenie, że winno mieć to miejsce na etapie przed terminem składania ofert. Przy założeniu, w odniesieniu do niniejszego stanu faktycznego, że mimo brzmienia art. 25 ust. 1 zd. 2 pkt 1 i 2 Pzp, warunki udziału w postępowaniu należałoby rozumieć także jako odnoszące się do tzw. „warunków przedmiotowych”, o czym Izba nie przesądza, a jedynie sygnalizuje.

Z tych względów uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego należy rozpatrywać także w podobnych kategoriach, gdyż nie mogąc uczynić zadość żądaniu Odwołującego zapowiada unieważnienie postępowania w części II, faktycznie uwzględniając odwołanie tylko częściowo. Powyższe nie zmienia faktu, że w pierwszej kolejności rozpatrywaniu podlegają przesłanki formalno-prawne, a nie merytoryczne (do takich należy także uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego).

Kierując się dyspozycją art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp, Izba zważyła, iż odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego, na które Odwołującemu nie przysługuje prawo wniesienia odwołania, tudzież zaniechań. Jednocześnie należy wskazać, że po nowelizacji ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw Wykonawcy przysługuje prawo wniesienia do Zamawiającego, w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania, informacji o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego lub zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany zgodnie z przepisami ustawy. Legitymacje do wniesienia informacji Wykonawca ma w zakresie czynności lub zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany zgodnie z ustawą, na które nie przysługuje Wykonawcy prawo wniesienia odwołania na podstawie art. 180 ust. 2 Pzp.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28.07.2010 r. dotyczy czynności Zamawiającego, na które Odwołującemu nie przysługuje prawo wniesienia odwołania, tudzież zaniechań, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp .

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. pierwsze Pzp oraz § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....