

WYROK
z dnia 9 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Lubawa S.A., Lubawa, ul. Dworcowa 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendę Główną Policji, Warszawa, ul. Puławska 148/150** protestu z dnia 14 kwietnia 2008r.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i unieważnić postępowanie,

2. kosztami postępowania obciążyć Komendę Główną Policji, Warszawa, ul. Puławska 148/150

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Lubawa S.A., Lubawa, ul. Dworcowa 1.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Komendę Główną Policji, Warszawa,**

ul. Puławska 148/150 na rzecz **Lubawa S.A., Lubawa, ul. Dworcowa 1**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu.

- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Lubawa S.A., Lubawa, ul. Dworcowa 1**.

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

W dniu 21.03.2008r., Komenda Główna Policji, 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 36/38 (zwana dalej Zamawiającym), ogłosiła w Biuletynie Zamówień Publicznych postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawa kamizelek kuloodpornych kamuflowanych typ damski” w trybie przetargu nieograniczonego i w tym samym dniu zamieściła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Wartość zamówienia oszacowano na 128 370,24 euro.

W dniu 07.04.2008r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pana Janusza Daniela, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą JMD Daniel Technologie Janusz Daniel, 03-982 Warszawa, ul. Meissnera 6/12 i Cenrex Sp. z o.o., 00-952 Warszawa, ul. Podwale 23 (dalej: Konsorcjum Daniel Technologie).

W dniu 14.04.2008r. Lubawa S.A., 14-260 Lubawa, ul. Dworcowa 1 (dalej: Odwołujący) – złożyła protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 21.04.2008r. poprzez jego oddalenie, w tym samym dniu informując o swojej decyzji Odwołującego. Odwołujący w dniu 25.04.2008r. (data stempla na kopercie listu poleconego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście i odwołaniu, Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1-3, art. 8 ust. 1 -3, art. 11, art. 12, art. 23, art. 24, art. 32 ust. 1-4, art. 36 ust. 1 pkt 8 i 17, art. 40 ust. 3 i 6, art. 43 ust. 2, art. 45, art. 46, art. 85, art. 89, art. 91, art. 92, art. 96, art. 184 ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 223. poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych), w wyniku następujących czynności Zamawiającego:

- 1) badanie i ocenę ofert złożonych przez Konsorcjum Daniel Technologie i Lubawa S.A. oraz wybór oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum Daniel Technologie, przy zastosowaniu niejasnych kryteriów ofert, opartych na indywidualnej ocenie członków komisji, nie powiązanej z obiektywnymi, sprawdzalnymi i mierzalnymi właściwościami przedmiotu zamówienia,
- 2) podział zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych dotyczących możliwości wnoszenia odwołania i skargi, ustalenie wartości zamówienia bez zachowania należytej staranności i sporządzenie protokołu z postępowania o zamówienie publiczne na druku ZP-2. Odwołujący wskazał, że postępowanie prowadzone jest z naruszeniem przepisów o ustalaniu wartości zamówienia, co jego zdaniem wynika bezpośrednio z okoliczności, iż równoległe z niniejszym postępowaniem Zamawiający prowadzi dwa inne postępowania na ten sam przedmiot zamówienia. Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył art. 32 ust. 1, 2 i 4 oraz art. 36 ust. 1 pkt 8 i 17 Prawa zamówień publicznych poprzez podzielenie zamówienia na 3 części, skutkiem czego jest prowadzenia postępowania, którego dotyczy niniejsze odwołanie, poniżej progu unijnego.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający wskazał, iż oferty oceniali specjaliści, w tym osoby, które będą używały przedmiotu zamówienia do ochrony indywidualnej, zatem ich ocena jest wiarygodna. Oddalając zarzut dotyczący zaniżenia wartości zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, Zamawiający uzasadnił, iż w niniejszym postępowaniu realizował doraźne zadania wynikające z planu finansowego, a ponadto jest ono finansowane ze środków pochodzących z innego źródła.

W odwołaniu Odwołujący podtrzymał argumenty podnoszone w proteście i wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny ofert, ponowny wybór oferty najkorzystniejszej, sporządzenie protokołu postępowania na właściwym druku ZP-1, zaniechanie dzielenia zamówienia na części i – ewentualnie – o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Postępowanie na „Dostawę kamizelek kuloodpornych kamuflowanych typ damski” prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego Krajowa Izba Odwoławcza unieważnia na podstawie art. 191 ust. 2 zd. 2 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. art. 146 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w razie potwierdzenia jego zarzutów odnośnie oceny ofert, należałoby nakazać powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a wówczas oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza, biorąc pod uwagę środki ochrony prawnej wniesione w postępowaniu na „Dostawę kamizelek kuloodpornych kamuflowanych typ damski” przede wszystkim zbadała, jaką wartość ma przedmiot zamówienia, ponieważ w przypadku stwierdzenia, iż postępowanie prowadzone jest poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, odwołanie należałoby odrzucić na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się ze zgromadzonym materiałem dowodowym, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej za zasadny uznał zarzut dotyczący zaniżenia wartości szacunkowej zamówienia przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 32 ust. 2 i 4 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości, a jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

Zamawiający, oprócz ogłoszenia postępowania w dn. 21.03.2008r. w Biuletynie Zamówień Publicznych na „Dostawę kamizelek kuloodpornych kamuflowanych typ damski” (nr 58746-2008) w dniu 7 i 8 kwietnia br. ogłosił w Dzienniku Urzędowym UE dwa inne postępowania na kamizelki i inny asortyment rodzajowo zbliżony do przedmiotu zamówienia niniejszego postępowania:

1. W dniu 07.04.2008r. „Dostawa kamizelek ochronnych przeciwuderzeniowych, ochraniaczy nóg, przedramienia, rękawic przeciwuderzeniowych”, nr 2008/S 69-093264.
2. W dniu 08.04.2008r. „Dostawa kamizelek kuloodpornych na mundur i kamizelek kuloodpornych kamuflowanych”, nr 2008/S 70-094514.

Wartość obu ww. postępowań oszacowana przez Zamawiającego przekracza 133 000 euro. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, jest dostawa kamizelek kuloodpornych (ewentualnie innych

środków ochrony, co jednak nie było badane przez Krajową Izbę Odwoławczą, nie były one bowiem przedmiotem postępowania, w którym złożono protest i odwołanie). Tezę tę potwierdza treść ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym UE z dn. 08.04.2008r. na przedmiot zamówienia nazwany w sposób następujący: „Dostawa kamizelek kuloodpornych na mundur i kamizelek kuloodpornych kamuflowanych”. Skoro Zamawiający uznał, iż przedmiot zamówienia, obejmujący kamizelki kamuflowane i na mundur tworzy jedną „całość”, to tym bardziej do tego przedmiotu zamówienia należy zaliczyć kamizelki kuloodporne kamuflowane damskie (większe różnice występują między kamizelkami kamuflowanymi a na mundur, niż męskimi a damskimi).

Krajowa Izba Odwoławcza porównała również SIWZ postępowania, w którym wniesiono odwołanie, ze SIWZ postępowania ogłoszonego w dn. 8.04.2008r. (dowód w postaci SIWZ postępowania na „Dostawę kamizelek kuloodpornych na mundur i kamizelek kuloodpornych kamuflowanych” dopuszczono na podstawie art. 188 ust. 2 Prawa zamówień publicznych; wydruki obu SIWZ uzyskano ze strony internetowej Zamawiającego www.policja.pl i załączono do akt sprawy). Z porównania wynika, iż poza ograniczeniem w niniejszym postępowaniu przedmiotu zamówienia do kamizelek kamuflowanych damskich i różnicami ilościowymi, obie specyfikacje nie różnią się od siebie, a opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ w postępowaniu na dostawę kamizelek damskich kamuflowanych i nr 2 do SIWZ na dostawę kamizelek na mundur i kamuflowanych) jest identyczny.

Nie ulega również wątpliwości, iż Zamawiający jest jednostką, o której mowa w art. 3 ust. 1pkt. 1 Prawa zamówień publicznych, tj. jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych; i jako taki zobowiązany jest do wydatkowania środków zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, bez względu na pochodzenie środków, którymi dysponuje (dlatego bezpodstawny jest argument Zamawiającego, iż środki na zamówienia pochodzą z innego źródła finansowania, tj. z ubiegłorocznego budżetu). Dla określenia przedmiotu zamówienia (i w konsekwencji oszacowania jego wartości) decydujące jest, co wchodzi w jego skład, a nie – skąd pochodzą środki na jego sfinansowanie.

Zamawiający nie wykazał, że celem wydzielenia zamówienia na kamizelki kuloodporne damskie nie było obejście przepisów Prawa zamówień publicznych. Zamówienie wyłącznie kamizelek damskich i ustalenie tylko dla nich wartości szacunkowej byłoby możliwe wówczas, gdyby przykładowo Zamawiający dysponował środkami wyłącznie na pewną ilość kamizelek, i nie zamierzał, ani nie miał środków na zakup większej ilości, w tym – kamizelek męskich - jednak zestawienie dat ogłoszeń o postępowaniach, świadczy o fakcie, że takie okoliczności nie zaistniały.

Niezastosowanie przepisów związanych z oszacowaniem wartości przedmiotu zamówienia ma doniosły skutek dla postępowania, ponieważ niweczy jego byt prawny (skutkuje bezwzględną nieważnością postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 (ogłoszenie o zamówieniu nie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej)).

Ponieważ przesłanki skutkujące nieważnością postępowania Krajowa Izba Odwoławcza bierze pod uwagę z urzędu, dlatego należało orzec jak w sentencji.

Jako że postępowanie unieważniono, wydanie wyroku w zakresie pozostałych zarzutów stało się zbędne (art. 184 ust. 6 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 1184 par. 1 Kodeksu postępowania cywilnego w zw. z art. 355 par. 1 Kodeksu postępowania cywilnego).

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. 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:

.....

.....