

Sygn. akt KIO 737/11

WYROK
z dnia 22 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 8 kwietnia 2011 r. przez **Konsorcjum wykonawców: Grzegorz Szymański prowadzący działalność pod nazwą HPE Holsters Polska Grzegorz Szymański oraz Przedsiębiorstwo Sprzętu Ochronnego MASKPOL S.A., ul. Zagnańska 232, 25-563 Kielce** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Komendant Główny Policji Komenda Główna Policji ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty z udziałem spółki MSA Safety spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Wschodnia 5 A 05-090 Raszyn i bez udziału Odwołującego Grzegorz Szymański prowadzący działalność pod nazwą HPE Holsters Polska Grzegorz Szymański oraz Przedsiębiorstwo Sprzętu Ochronnego MASKPOL S.A., ul. Zagnańska 232, 25-563 Kielce, po uprzednim wezwaniu MSA Safety spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Wschodnia 5 A 05-090 Raszyn do przedłożenia uzupełnienia pkt-u 11 Badania odporności na czynniki chemiczne Aceton–uszczelka osłony twarzy Sprawozdania z badań Nr 79/2010 z dnia 22.10.2010r. Wojskowego Instytutu Technicznego Uzbrojenia Laboratorium Instytutu – Zespół Laboratoriów Badawczych ul. Prym.S.Wyszyńskiego 7, 05-220 Zielonka w**

zakresie spełnienia wymogu opisanego w Części I Wymagania Techniczne pkt 2 ppkt 4) Opisu przedmiotu zamówienia Specyfikacja Techniczna Policyjny Kask Ochronny z osłoną twarzy zał. nr 4 do SIWZ spr.nr 6/Cut/11/KD dla związku chemicznego „Aceton” oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie poprawienia w ofercie teźże Spółki oznaczenia kasku policyjnego „MO 5006BA” na „MO 5006” Tabela Porównawcza Oferowanego Przedmiotu Zamówienia (Załącznik Nr 5 do SIWZ) ,

2. kosztami postępowania obciąża **Komendanta Głównego Policji Komenda Główna Policji ul. Puławska148/150, 02-642 Warszawa** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Konsorcjum wykonawców: Grzegorz Szymański prowadzący działalność pod nazwą HPE Holsters Polska Grzegorz Szymański oraz Przedsiębiorstwo Sprzętu Ochronnego MASKPOL S.A., ul. Zagnańska 232, 25-563 Kielce** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Komendanta Głównego Policji Komenda Główna Policji ul. Puławska148/150, 02-642 Warszawa** na rzecz **Konsorcjum wykonawców: Grzegorz Szymański prowadzący działalność pod nazwą HPE Holsters Polska Grzegorz Szymański oraz Przedsiębiorstwo Sprzętu Ochronnego MASKPOL S.A., ul. Zagnańska 232, 25-563 Kielce** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 lutego 2011r. pod poz. 2011/S 25-040088.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup policyjnych kasków ochronnych z osłoną twarzy w ilości 7000 sztuk”, o numerze referencyjnym zamawiającego: 6/Cut/I 1/KD.

Zamawiającym jest: Komendant Główny Policji Komenda Główna, ul. Puławska 148/150 02-642 Warszawa, Wydział Zamówień Publicznych Biuro Finansów KGP, 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 36/38 zwany dalej „Zamawiającym”.

Odwołującym jest: Konsorcjum wykonawców w składzie:

1. Grzegorz Wojciech Szymański prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą HOLSTERS HPE- Polska Grzegorz Wojciech Szymański ul. Zagnańska 232, 25-563 Kielce (lider konsorcjum)
2. Przedsiębiorstwo Sprzętu Ochronnego „MASKPOL” Spółka Akcyjna Konieczki 42-140 Panki.
adres korespondencyjny na Lidera Konsorcjum zwany dalej „Odwołującym”.

W dniu 8 kwietnia 2011r. pismem z dnia 8 kwietnia 2011 r. wniesiono odwołanie.

Odwołujący na podstawie art. 180 ust. 1 oraz art. 182 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą” zaskarżył czynność wyboru przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty - złożonej przez spółkę MS A Safety spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Wschodnia 5A, 05-090 Raszyn zwaną dalej „Wykonawcą wybranym” zarzucając:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy to jest nie wykluczenie Wykonawcy wybranego z postępowania mimo, że podmiot ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i nie odrzucenie jego oferty, względnie
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez nie odrzucenie oferty Wykonawcy wybranego mimo jej sprzeczności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ewentualnie
3. naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy poprzez nie wezwanie Wykonawcy wybranego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty i dodatkowo:
4. naruszenie art. 90 ustawy poprzez nie wyjaśnienie kwestii rażąco niskiej ceny wskazanej w ofercie Wykonawcy wybranego a nadto:
5. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego oraz
6. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy odnośnie wymogu równego traktowania wykonawców poprzez uprzywilejowanie w toku postępowania Wykonawcy wybranego oraz dyskryminację Odwołującego.

W konsekwencji Odwołujący wniósł na podstawie art. 192 ust. 3 ustawy o:

1. uznanie odwołania za zasadne,
2. unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę wybranego,

3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, a uzasadniając swoje żądania zamieścił szeroką argumentację formalną i prawną w odwołaniu, którą podtrzymał w czasie rozprawy, a do której Izba odnie się w poniższej części uzasadnienia orzeczenia.

Zamawiający do rozprawy nie wniósł odpowiedzi na odwołanie, argumentację formalną i prawną swojego stanowiska za oddaleniem odwołania przedstawił na rozprawie, składając również wnioski dowodowe.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Co do interesu do wniesienia odwołania.

Odwołujący co do posiadania interesu do wniesienia odwołania wskazał jak poniżej. Interes Konsorcjum (Odwołujący), w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, w złożeniu przedmiotowego odwołania wynika z faktu, że Odwołujący jest zainteresowany w uzyskaniu zamówienia na dostawę kasków dla Zamawiającego, a odrzucenie jego oferty i całkowicie nieuprawniony wybór oferty Wykonawcy wybranego skutkuje brakiem możliwości ubiegania się o to zamówienie. Nieuprawniony wybór oferty Wykonawcy wybranego, a jednocześnie odrzucenie oferty Odwołującego, wyrządza tym samym Odwołującemu szkodę w postaci utraty możliwości podpisania umowy na dostawę kasków z Zamawiającym.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego w zakresie interesu do wniesienia odwołania, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu, po czynnościach badania i oceny ofert, tylko oferta Wykonawcy wybranego została uznana przez Zamawiającego za spełniającą wymogi SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia), a oferta Odwołującego została odrzucona, ponieważ Zamawiający uznał, że jej treść nie spełnia warunków SIWZ. Natomiast Odwołujący twierdzi, że jego oferta nie powinna ulec odrzuceniu tylko oferta Wykonawcy wybranego powinna ulec odrzuceniu. Poza tym Odwołujący wskazał w niniejszym odwołaniu na naruszenie szeregu przepisów ustawy przez Zamawiającego, co w ocenie Odwołującego pozbawiło jego możliwości uzyskania zamówienia. Taka argumentacja zamieszczona w odwołaniu spełnia przesłanki ustawowe z art. 179 ust.1 w zakresie posiadania interesu do wniesienia odwołania.

Izba co do odrzucenia oferty Odwołującego ustaliła co następuje .

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły trzy oferty: Wykonawcy wybranego, Odwołującego oraz Przemysław Łukasza Sztukierta prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R&D Consulting Przemysław Łukasz Sztukiert ul. Wyszyńskiego 7 bl.14 m.393; 05-220 Zielonka zwanego dalej „Trzecim wykonawcą” . Zamawiający odrzucił dwie ostatnie oferty, a następnie dokonał wyboru oferty Wykonawcy wybranego o czym poinformował Odwołującego pismem z dnia 31.03.2011r. L.dz.Fz 2168/11 zaadresowanym do uczestników postępowania. W swoim piśmie Zamawiający powiadomił o wyborze oferty Wykonawcy wybranego, która w jego

ocenie spełnia wymogi SIWZ i jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art.2 pkt 5 ustawy. Co do oferty Odwołującego, Zamawiający stwierdził, że nie odpowiada ona warunkom w SIWZ z następujących przyczyn.

Po pierwsze w treści załącznika nr 4 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” część 1 pkt 4.22 postawiono wymóg aby kształtka uszczelniająca spełniała swoją funkcję w każdym położeniu osłony twarzy. Natomiast we wzorze kasku dostarczonym przez Odwołującego wraz z ofertą pomiędzy zewnętrzną powierzchnią czerepu kasku a kształtką uszczelniającą występuje szczelina umożliwiająca przedostawanie się niebezpiecznych substancji z powierzchni czerepu do wnętrza kasku .

Po drugie zgodnie z rozdziałem VII ”Informacje o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy” pkt 3.7., Zamawiający wymagał przedstawienia przez Wykonawcę wzoru oferowanego wyrobu w rozmiarze „L” wraz z maską przeciwgazową dostosowaną do użytkowania z kaskiem. W ocenie Zamawiającego system integrowania maski z kaskiem jest wadliwy, ponieważ nie zapewnia szczelnego dopasowania maski do twarzy użytkownika kasku, a tym samym zestaw nie posiada oczekiwanych przez Zamawiającego funkcji użytkowych.

Z tych dwóch powodów Zamawiający zdecydował o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący w złożonym odwołaniu przedstawił argumentację formalną i prawną, która w jego ocenie wskazuje na bezprawność czynności odrzucenia jego oferty z powodów przedstawionych w piśmie Zamawiającego z dnia 31.03.2011r.

Odwołujący między innymi wskazał, że w żadnym punkcie SIWZ Zamawiający nie określił, iż przedłożony wraz z ofertą wzór kasku ma stanowić podstawę oceny jej zgodności z treścią SIWZ, a tylko w przypadku jednoznacznego określenia w SIWZ jakie dokumenty i oświadczenia będą brane pod uwagę, przy ocenie zgodności treści oferty z treścią SIWZ, Zamawiający ma podstawę do odrzucenia oferty w razie stwierdzenia sprzeczności pomiędzy ich treściami. Na poparcie swojej argumentacji przywołał zapisy cz.VII ust.III pkt 3.2,3.4 oraz 3.6 SIWZ określające dokumenty przedmiotowe, kwestionując również co do zasady możliwość stwierdzenia sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, na podstawie załączonego do oferty kasku, który nie jest ani oświadczeniem, ani dokumentem.

Ponadto Odwołujący w odwołaniu podniósł, że jak wynika z treści cz. XIV ust. 3 SIWZ, jedynie ocena techniczno-użytkowa (jakość) wyrobu (za którą Zamawiający przyznawał łącznie do 25 punktów) miała być dokonana w oparciu o dołączony wzór.

I reasumując, Zamawiający miał jedynie prawo przyznać mniejszą ilość punktów, a nie odrzucać ofertę Odwołującego na podstawie przedłożonego kasku.

Z ostrożności procesowej Odwołujący zaprzeczył, iż wzór kasku złożony do oferty nie odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego, przywołując stosowne zapisy SIWZ to jest co do kształtki uszczelniającej osłonę twarzy kasku i czerep kasku w cz. I ust. 4 pkt 21) i 22) Załącznika nr 4 SIWZ i ust. 4 pkt. 25) i 26) Załącznika nr 5 do SIWZ oraz co do maski przeciwgazowej dostosowanej do użytkowania z kaskiem w cz. VII ust. III pkt 3.7 SIWZ argumentując, że na podstawie przywołanych zapisów zarówno kask w skład, którego wchodzi osłona na twarz oraz maska przeciwgazowa spełniają wymogi ustalone w SIWZ.

Izba odnosząc się do argumentacji odwołania, na podstawie zapisów SIWZ ustaliła co następuje.

Z przedłożonej do dokumentacji sprawy, dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia wynika co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa policyjnych kasków ochronnych z osłoną twarzy, wykonanych zgodnie ze „Specyfikacją techniczną policyjnych kasków ochronnych z osłoną twarzy” stanowiącą załącznik nr 4 do niniejszej SIWZ -w ilości 7 000 szt.(+20 szt. do badań, w tym:10 szt. do badań na V50 oraz 10 szt. Do badań wytrzymałościowych).- Cz.IV „Opis przedmiotu Zamówienia” Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dotyczy przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 125.000 Euro na realizację zamówienia pn.: ”Zakup policyjnych kasków ochronnych z osłoną twarzy – w ilości 7 000 sztuk”.

Zamawiający oprócz części pisemnej oferty wymaga (pod rygorem odrzucenia oferty) przedstawienia przez wykonawcę wzoru oferowanego wyrobu w rozmiarze „L” wraz z maską przeciwgazową dostosowaną do użytkowania z kaskiem oraz opis jego parametrów konstrukcyjno-technicznych . Wzory dostarczone przez Wykonawców, którzy nie zostali wybrani w toku przeprowadzonego postępowania przetargowego zostaną zwrócone po jego zakończeniu (wraz z ofertą).- Cz.VII pkt III ppkt 3.7.SIWZ.

Sposób obliczenia punktów w odniesieniu do kryterium „Ocena techniczno-użytkowa (jakość)”(...)Oceniana będzie a) jakość wykonania wzoru (np. czerepu, wkładu amortyzacyjnego, uprząży mocującej, osłon twarzy i karku)-0-15 punktów, b) funkcjonalność zastosowania rozwiązań konstrukcyjnych-0-10 punktów.- Cz.XIV „Opis kryteriów z podaniem ich znaczenia i sposobu oceny ofert” pkt3 SIWZ.

Konstrukcja kasku 21) Odstęp pomiędzy górną krawędzią osłony a powierzchnią czerepu, na całej długości, musi być uszczelniony kształtką koloru czarnego wykonaną z elastycznego materiału odpornego na zużycie eksploatacyjne. 22) kształtka uszczelniająca musi spełniać swoją funkcję w każdym położeniu osłony twarzy. Część I Wymagania techniczne pkt 4 konstrukcja kasku ppkt-y 21 i 22 Opis przedmiotu Zamówienia Specyfikacja Techniczna Zał. nr 4 do SIWZ.

Identyczne zapisy pkt-ów 21 i 22 zamieszczone są w Zał. nr 5 do SIWZ Tabela Porównawcza Oferowanego Przedmiotu Zamówienia , którą wypełniał wykonawca i dołączał do oferty na potwierdzenie zgodności treści oferty z treścią SIWZ (III. 3.2.SIWZ Ponadto wykonawca wraz z ofertą musi złożyć: opis oferowanego przedmiotu zamówienia(...)Wzór tabelki porównawczej oferowanego przedmiotu zamówienia określony został w załączniku nr 5 do SIWZ .

Na podstawie pisma przywołanego w sprawie z dnia 11.03.2011r. FZ-1587/11,znajdującego się w dokumentacji postępowania, stanowiącego odpowiedź Zamawiającego na pytania wykonawców Izba ustaliła co następuje.

Treść pytania była następująca:

„Czy intencją Zamawiającego jest dopuszczenie możliwości zmiany umowy w trakcie jej realizacji, polegającej m.i. na dostarczeniu całkowicie innego kasku niż zaoferowany? Jak w takim przypadku Zamawiający postąpi, skoro wzór dołączony do oferty jest wzorem referencyjnym przy odbiorze dostawy, a potwierdzenie spełnienia przez zaoferowany pierwotnie kask parametrów technicznych oraz deklaracja określająca parametry wytrzymałościowe warunkiem przyjęcia oferty?(...).

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi;

(...)Dostarczony wraz z ofertą wzór kasku jest podstawą realizacji procedury odbioru

jakościowego (...).

Na wniosek Zamawiającego, z poparciem wniosku przez Odwołującego Izba dopuściła dowód z prezentacji kasków zarówno kasku Wykonawcy wybranego jak i kasku Odwołującego.

Prezentacja odbywała się z udziałem przedstawiciela Zamawiającego (policjanta – użytkownika kasków).

Z przeprowadzonej prezentacji, której przebieg został odnotowany w Protokole z rozprawy wynikają następujące wnioski. Prezentacja potwierdziła, że kask Odwołującego nie spełnia szczelności we wszystkich możliwych trzech położeniach osłony na twarz w stosunku do czerepu kasku to znaczy nie spełnia szczelności w ułożeniu środkowym czyli przy częściowo odsłoniętej twarzy.(2. w drugim położeniu przy twarzy częściowo zasłoniętej kształtka osłony na twarz nie przylega do kasku(czerepu), jest szczelina w górnej części kasku, tj. pomiędzy czerepem kasku a kształtką uszczelniającą osłony na twarz (dla przykładu pokazuje kask MSA SAFETY Sp. z o.o., gdzie przylega uszczelka do czerepu kasku). W trakcie prezentacji kasku, Zamawiający wskazywał na jakiegokolwiek braki śladów zniekształceń kasku, wobec podnoszonej przez Odwołującego możliwości odkształceń kasku w czasie jego badań.

Również doczepiona, maska przeciwgazowa Odwołującego, do uchwytów znajdujących się na czerepie kasku nie przylega do części twarzowej.

Z kolei zaprezentowana maska Wykonawcy wybranego spełnia powyżej opisane wymogi bez zastrzeżeń.(W tym miejscu policjant prezentuje maskę MSA SAFETY Sp. z o.o., która całkowicie przylega do twarzy i nie stwarza takiej sytuacji, jak maska odwołującego, która nie przylega do twarzy (prezentuje maskę Odwołującego)).

Na podstawie powyższych ustaleń to jest zacytowanych powyżej zapisów SIWZ, odpowiedzi na pytania wykonawców – pismo Zamawiającego z 11.03.2011r. oraz przeprowadzonego dowodu na rozprawie z oględzin masek prezentowanych przez policjanta- użytkownika kasków i masek przeciwgazowych Izba co do odrzucenia oferty Odwołującego zważyła co następuje.

Zarzuty Odwołującego co do spełnienia wymogów SIWZ – użytkowych- kasku (osłony na twarz) i maski przeciwgazowej dostosowanej do kasku Odwołującego nie potwierdziły się. Na podstawie prezentacji na rozprawie, Izba potwierdza zasadność czynności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu nie spełnienia wymogów SIWZ przez Odwołującego w związku z dostarczonym wzorem kasku z maską przeciwgazową. Decyzja Zamawiającego znajduje usprawiedliwienie w stanie faktycznym, potwierdzonym w trakcie prezentacji na rozprawie, ponieważ nie można dopuścić ryzyka narażenia zdrowia i życia funkcjonariuszy policji w czasie akcji usuwania naruszenia porządku publicznego z powodu nieszczelności osłony na twarz i nie przylegania maski przeciwgazowej do twarzy. Odwołujący na rozprawie nie zaprzeczył wynikom prezentacji, ale podniósł zarzuty formalne i prawne co do wymogu spełnienia warunków SIWZ w stosunku do wzoru kasku, a tym bardziej do maski przeciwgazowej, która nie jest przedmiotem zamówienia .

Izba uwzględniając zapisy SIWZ uważa, że po pierwsze elementem oferty jest również wzór kasku, co jednoznacznie wynika z SIWZ, który zawiera zapis, że należy do oferty dołączyć nie tylko wymienione w SIWZ oświadczenia i dokumenty, ale również wzór kasku. W związku z tym uznać należy za gołosłowne twierdzenie Odwołującego, że dostarczony kask ma służyć tylko i wyłącznie do oceny kasku w zakresie przyznawanych kryteriów oceny oferty. W SIWZ Zamawiający wymaga i to pod rygorem odrzucenia oferty przedstawienia przez Wykonawcę wzoru oferowanego wyrobu. Z

takiego zapisu należy wywodzić prawo do odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy jak to uczynił Zamawiający w piśmie z dnia 31 marca 2011r. Niemniej nawet bez takiego zapisu Zamawiającemu przysługiwałoby takie prawo skoro wzór kasku jest elementem oferty w myśl zapisu SIWZ. Ponadto pomimo wyводу Odwołującego na temat różnic między kształtką a uszczelką nie zmienia to faktu, że zestawiając powyżej zacytowane zapisy punktów 21 i 22 SIWZ celem kształtki na górnej krawędzi osłony twarzy a powierzchnią czerepu jest uszczelnienie przestrzeni między nimi to jest między czerepem a osłoną. Natomiast uszczelnienie to jak słusznie na rozprawie Zamawiający podnosił jest nie dopuszczenie przedostawania się różnych niebezpiecznych substancji czy to stałych, czy to płynnych do wnętrza kasku przez nieszczelność pomiędzy czerepem a osłoną na twarz kasku.

Pomimo, że przedmiotem zamówienia nie jest maska przeciwgazowa, ale skoro Zamawiający w SIWZ żądał dołączenia do oferty oprócz wzoru kasku również maski przeciwgazowej dostosowanej do użytkowania z kaskiem, to z takiego zapisu SIWZ wynika, że oceniając wzór kasku należy ocenić również w zakresie możliwości zastosowania do niego maski, Czyli ocenie nie podlega maska przeciwgazowa, ale możliwość założenia maski dostosowanej do kasku na specjalnie umieszczonych na czerepie maski uchwytych. Jest to drugi aspekt braku spełnienia wymogu SIWZ przez zaoferowany wzór kasku, ponieważ sama możliwość zaczepienia maski do czerepu nie jest wystarczająca skoro Zamawiający określił, że maska ma być dostosowana do użytkowania kasku. Przez dostosowanie należy rozumieć, że maska będzie spełniała swoją funkcję czyli będzie szczelnie przylegała do twarzy użytkownika kasku. Odwołujący w odwołaniu przyznał, że potrzebny jest dodatkowo pasek do maski aby ją uszczelnić, ale go nie dostarczył z ofertą.

Również z tego powodu Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Reasumując w ocenie Izby zwroty jakich użył Zamawiający w SIWZ do opisu wymogów kasku w zakresie jego uszczelnienia i dostosowania maski do kasku są wystarczające do oceny czy załączony do oferty wzorzec spełnia wymogi SIWZ i taki opis może stanowić podstawę do oceny zgodności zaoferowanego wzorca z wymogami SIWZ i to nie na zasadzie tylko domniemanych zapisów SIWZ, jak w swoim odwołaniu wywodzi Odwołujący.

Reasumując Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy odrzucając ofertę Odwołującego.

Izba co do zarzutów Odwołującego skierowanych do oferty Wykonawcy wybranego ustaliła co następuje.

1.W ocenie Odwołującego Wykonawca wybrany nie spełnia warunków podmiotowych do udziału w postępowaniu, a określonych w cz. VII ust. 1 pkt. 1.1 SIWZ, tj. nie posiadał koncesji na prowadzenie działalności, wydanej zgodnie z ustawą z dnia 22 czerwca 2001 roku o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. 2001, Nr 67, poz. 679 z późn. zm.).

Wykonawca ten winien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt. 3 ww. ustawy 22 czerwca 2001r. przedsiębiorca, który uzyskał koncesję na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie określonym w ustawie, jest obowiązany „zawiadomić organ koncesyjny w terminie 14 dni o zmianach stanu faktycznego i prawnego w zakresie danych zawartych we wniosku o wydanie koncesji i w dokumentach stanowiących załączniki do tego wniosku, powstałych po dniu wydania koncesji”.

W ocenie Odwołującego w przypadku nie dochowania tego terminu koncesja przestaje być koncesją aktualną i wydaną zgodnie z przepisami ww. ustawy.

Zgodnie z odpisem z KRS Wykonawcy wybranego Spółka posiada dwóch prokurentów - Beatę Miner i Michała Szeląga.

Tymczasem, zgodnie z aktualną treścią koncesji określoną w Decyzji nr 10 do koncesji nr B-057/2004 z dnia 27 lutego 2011 roku, prokurentem spółki jest jedynie Pani Beata Miner.

Na rozprawie Zamawiający przedstawił ksero koncesji, w której są obaj prokurenci i wyjaśnił, że do oferty koncesja została niedokładnie skserowana to jest bez drugiego prokurenta.

2. Dalej Odwołujący wskazał na rozbieżność między oznaczeniem przedstawionego wzoru kasku, a oznaczeniem wskazanym w ofercie. Oznaczenia te nie są tożsame, co winno skutkować odrzuceniem oferty, w ocenie Odwołującego.

Wzór kasku posiada oznaczenie producenta „MO 5006” a zgodnie z treścią oferty jest kask typu „MO 5006BA”.

Odwołujący podnosił, że różne oznaczenie wyrobów oznacza ich różne funkcjonalności, wyposażenie, wygląd lub inne parametry i mamy do czynienia z innymi wyrobami.

Wymagane w cz. VII ust. III pkt. 3.4 i 3.6 SIWZ oświadczenia, deklaracje lub opinie uprawnionych podmiotów dotyczące kasku dotyczą wyrobu typ MO 5006, a nie oferowanego MO 5006 BA i dokumenty te nie są adekwatne do przedmiotu oferty.

W ocenie Odwołującego Zamawiający winien taką ofertę odrzucić - skoro nie został do niej dołączony wzór oferowanego wyrobu, a wzór innego wyrobu, o odmiennym oznaczeniu MO 5006.

Na rozprawie Zamawiający przedłożył wydruk ze strony internetowej i wyjaśnił, że dodanie na końcu symbolu MO 5006 znaku BA oznacza tylko i wyłącznie identyfikację co do koloru (biała czasza, czarne boczne plastikowe elementy oraz metalowa krawędź osłony twarzy).

3. Odwołujący następnie zarzucił zaoferowanemu kaskowi MO5006 szereg niezgodności i usterek a mianowicie:

a) „krawędź dolna osłony twarzy musi sięgać poniżej obrysu brody policjanta” - cz. I ust. 4 pkt. 20) Załącznika nr 4 SIWZ i ust. 4 pkt 24) Załącznika nr 5 do SIWZ). Zarzut w czasie prezentacji nie potwierdził się.

b) „każdy kask musi być na trwale oznakowany (w języku polskim) w sposób umożliwiający jego identyfikację przez cały okres jego użytkowania tj.: nr partii, nr seryjny, rok produkcji, nazwa producenta, symbol rozmiaru oraz jego odpowiednik w centymetrach” - cz. I ust. 8 Załącznika nr 4 SIWZ i ust. 8 Załącznika nr 5 do SIWZ. W czasie prezentacji kasku ustalono, że jest oznakowany, przez doklejoną samoprzylepną

kartkę od wewnętrznej strony czerepu kasku, pod wyściółką kasku.

c) „kształt czerepu kasku musi zapewniać możliwość instalacji zestawów łącznościowych stosowanych w oddziałach prewencji Policji (CEOTRONICS) w czasie prezentacji na rozprawie przedstawiciel Zamawiającego-policjant dokonał skutecznie montażu zestawu CEOTRONICS

d) „zapięcie uprząży mocującej musi umożliwiać łatwe otwarcie jedną ręką (w rękawicy ochronnej)” - cz. I ust. 4 pkt 14) Załącznika nr 4 SIWZ i ust. 4 pkt. 18) Załącznika nr 5 do SIWZ. W czasie prezentacji na rozprawie przedstawiciel Zamawiającego - policjant dokonał otwarcia jedną ręką (w rękawicy ochronnej) zapięcia uprząży mocującej.

e) „brzeg czerepu kasku musi być trwale zabezpieczony opaską krawędziową koloru czarnego, odporną na uszkodzenia mechaniczne” - cz. I ust. 4 pkt 7) Załącznika nr 4 SIWZ i ust. 4 pkt. 11) Załącznika nr 5 do SIWZ. W czasie prezentacji kasku stwierdzono, że brzeg czerepu kasku jest zabezpieczony opaską krawędziową, za wyjątkiem odcinka, gdzie zamontowane są moduły mocujące osłonę przyłbicy twarzy.

f) oferowane wyroby nie spełniają warunków określonych w cz. I ust. 2 pkt 4) Załącznika nr 4 SIWZ i ust. 2 pkt. 4) Załącznika nr 5 do SIWZ, gdyż - jak wynika z badań zawartych na stronie 56 oferty Wykonawcy wybranego - uszczelka osłony twarzy (stanowiąca integralną część - jeden z elementów - osłony twarzy) „pod wpływem acetonu ulega rozpuszczeniu”.

Zapisy techniczne tego załącznika (zawarte w jego części I - Wymagania techniczne) powielone zostały w Załączniku nr 5 do SIWZ - tabelka porównawcza, którą Wykonawca wybrany wypełnił w całości potwierdzając spełnienie przez ich wyrób wymogów stawianych przez Zamawiającego w Załączniku nr 4 do SIWZ.

Z badania oferty wynika, w badaniach odporności na czynniki chemiczne widnieje zapis „Uszczelka osłony twarzy pod wpływem acetonu ulega rozpuszczeniu” – str.56 oferty.

4. W ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się także naruszenia treści art. 90 ustawy poprzez nie wyjaśnienie kwestii rażąco niskiej ceny wskazanej w ofercie Wykonawcy wybranego.

Zgodnie z treścią ust. 2 pkt 2 Protokołu ZP-PN Zamawiający określił wartość zamówienia na kwotę 8.137.528,46 PLN netto; oznacza to kwotę brutto w 10.009.160 PLN.

W trakcie postępowania złożono oferty opiewające na następujące kwoty brutto:

- 10.073.700 PLN - Odwołujący,
- 13.388.550 PLN – Wykonawca trzeci,
- 7.688.730 PLN- Wykonawca wybrany.

Powyższe oznacza, że wartość oferty Wykonawcy wybranego jest o ok. 25 % niższa niż wartość następnej ze złożonych ofert, a jednocześnie o ok. 25 % niższa niż kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

W ocenie Odwołującego przedstawioną przez Wykonawcę wybranego cenę trudno uznać za wiarygodną i realistyczną (kalkulującą zysk) w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i pozostałych ofert.

Izba co do zarzutów Odwołującego skierowanych do oferty Wykonawcy wybranego zważyła co następuje.

1. Zarzut nie posiadania koncesji z powodu braku aktualnego w niej składu osobowego prokurentów jest nie trafiony. Z przywołanej ustawy z dnia 22 czerwca 2001 roku o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. 2001, Nr 67, poz. 679 z późn. zm.) nie wynika, że brak aktualnego stanu osobowego prokurentów w koncesji powoduje jej nie istnienie czy nieważność. Koncesja jest decyzją administracyjną i rządzi się prawem ją obowiązującym co oznacza, że tylko organ, który ją wydał może ją unieważnić i to tylko przez wydanie stosownej decyzji. I tak przywoływana ustawa przewiduje w art.17 cofnięcie koncesji w pewnych okolicznościach, ale przez organ koncesyjny, a nie przez Zamawiającego czy Krajową Izbę Odwoławczą. Natomiast na rozprawie przedłożono dokument potwierdzający, że w koncesji jest aktualny skład osobowy prokurentów Wykonawcy wybranego, a do oferty dołączono decyzję koncesyjną skserowaną w sposób nie obejmujący całego dokumentu koncesji. Brak tego typu dokumentu powinien być naprawiony w trybie 26 ust.3 ustawy i nie powoduje odrzucenia oferty, bez wezwania. Nawet gdyby przyznać konieczność wezwania to Izba tego nie uczyniła, ponieważ na rozprawie przedłożono prawidłowo skserowany dokument na którym widnieją nazwiska obydwu prokurentów i nakazanie Zamawiającemu wezwania Izba uznała za zbędne skoro uchybienie to zostało już naprawione. W tym stanie rzeczy Izba nie uznała za zasadne wykluczenie Wykonawcy wybranego na podstawie art.24 ust.2 pkt 4, o co wnosił Odwołujący.

2. Co do zarzutu „zaoferowania” w zał. Nr 5 (Tabela Porównawcza Oferowanego Przedmiotu Zamówienia) kasku o symbolu MO 5006 BA, a w dokumentach potwierdzających wynik badań kasku o symbolu MO 5006 i również w zaoferowanym wzorze kasku o symbolu MO 5006 to Izba uznała oznaczenie kasku w Tabeli Porównawczej Oferowanego Przedmiotu Zamówienia (według zał. nr 5 do SIWZ) przez dodanie symbolu BA za oczywistą omyłkę skoro w dwóch sytuacjach (wyniki wymaganych badań i na wzorze kasku załączonego do oferty) podano identyczne oznaczenie to jest MO 5006. Poza tym w ocenie Izby jest to uchybienie formalne, omyłkowe rozszerzenie oznaczenia kasku, ponieważ w tym załączniku istotnym jest aby parametry wymagane przez Zamawiającego zostały potwierdzone przez opis przedmiotu zamówienia w części tabeli pn” Przedmiot oferowany przez Wykonawcę”. W związku z powyższym Izba nie uznała zarzutu Odwołującego, który o odrzucenie z tego powodu oferty. Natomiast Izba nakazała z przyczyn podanych powyżej dokonanie poprawienia oznaczenia kasku w Tabeli (zał. nr 5) jako oczywistej omyłki pisarskiej, w trybie art.87 ust.2 pkt 1 ustawy, to jest nie mającej znaczenia dla treści oferty.

3.Co do zarzutów formułowanych do zaoferowanego wzoru kasku Wykonawcy wybranego to Izba zważyła jak poniżej:

a) „krawędź dolna osłony twarzy musi sięgać poniżej obrysu brody policjanta” jak wyżej przedstawiono zarzut w czasie prezentacji nie potwierdził się. W związku z powyższym zarzut okazał się nieuzasadniony.

b) „każdy kask musi być na trwale oznakowany (w języku polskim) w sposób umożliwiający jego identyfikację przez cały okres jego użytkowania. Jak powyżej przedstawiono kask jest oznakowany, przez doklejoną samoprzylepną kartkę. Chociaż nie jest to trwały w potocznym znaczeniu sposób oznakowania przedmiotu tak jak np.: przez wyrycie oznakowania na przedmiocie. Niemniej jest to sposób praktykowany w obrocie towarów. W ocenie Izby, nawet gdyby przyjąć, że oznakowanie to nie ma charakteru trwałego, to takie uchybienie nie stanowi o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, bowiem jest to uchybienie o naturze formalnej, a nie merytorycznej w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia. Izba uznała, że odrzucenie przedmiotu z takiego powodu stanowiłoby naruszenie dyspozycji art.89 ust.1 pkt2 ustawy.

c) „kształt czerepu kasku musi zapewniać możliwość instalacji zestawów łącznościowych stosowanych w oddziałach prewencji Policji (CEOTRONICS) w czasie prezentacji na rozprawie przedstawiciel Zamawiającego-policjant dokonał skutecznie montażu zestawu CEOTRONICS. Z powyższej przyczyny Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

d) „zapięcie uprząży mocującej musi umożliwiać łatwe otwarcie jedną ręką (w rękawicy ochronnej)" W czasie prezentacji na rozprawie przedstawiciel Zamawiającego - policjant dokonał otwarcia jedną ręką (w rękawicy ochronnej) zapięcia uprząży mocującej. Z powyższej przyczyny Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

e) „brzeg czerepu kasku musi być trwale zabezpieczony opaską krawędziową koloru czarnego, odporną na uszkodzenia mechaniczne. W czasie prezentacji kasku stwierdzono, że brzeg czerepu kasku jest zabezpieczony opaską krawędziową , za wyjątkiem odcinka, gdzie zamontowane są moduły mocujące osłonę przyłbicy twarzy. Izba uważa, że zastosowanie modułu mocującego osłonę twarzy wyklucza na tym odcinku opaskę krawędziową. Z powyższej przyczyny Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

f) oferowane wyroby nie spełniają warunków określonych w cz. I ust. 2 pkt 4) Załącznika nr 4 SIWZ) i ust.2 pkt 4 Załącznika nr 5 do SIWZ, gdyż - jak wynika z badań zawartych na stronie 56 oferty Wykonawcy wybranego - uszczelka osłony twarzy (stanowiąca integralną część - jeden z elementów - osłony twarzy) „pod wpływem acetonu ulega rozpuszczeniu”.

Zapisy techniczne tego załącznika (zawarte w jego części I - Wymagania techniczne) powielone zostały w Załączniku nr 5 do SIWZ - tabelka porównawcza, którą Wykonawca wybrany wypełnił w całości potwierdzając spełnienie przez ich wyrób wymogów stawianych przez Zamawiającego w Załączniku nr 4 do SIWZ.

Z badania oferty wynika, że w badaniach odporności na czynniki chemiczne widnieje zapis „Uszczelka osłony twarzy pod wpływem acetonu ulega rozpuszczeniu” – str.56 oferty. Z powyższego względu orzeczono jak w sentencji wyroku. Niemniej skoro jak przyznaje sam Odwołujący w tabeli zał. nr 5 Wykonawca wybrany zaoferował spełnienie tego wymogu to Izba nie uznała tego zarzutu w kategorii sprzeczności treści oferty z

treścią SIWZ, a tylko w zakresie nieprawidłowego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku przez zaoferowany przedmiot i nakazała w trybie art.26 ust.3 ustawy jego uzupełnienie. Tym samym Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego prezentowanej na rozprawie, że wymogi w zakresie związków chemicznych dotyczą czerepu kasku, osłony twarzy i osłony karku ,a nie dotyczą uszczelki osłony twarzy. Izba podziela argumentację Odwołującego, że uszczelka osłony twarzy stanowi integralną część osłony twarzy. W związku z powyższym zarzut potwierdził się, ale nie ze skutkami wnioskowanymi jak w odwołaniu.

4.Co do rażąco niskiej ceny to zarzutu Izba nie uwzględniła, ponieważ Odwołujący nie uprawdopodobnił nawet nierealności ceny podanej przez Wykonawcę wybranego i naruszenie przez to zasad uczciwej konkurencji, a po jego stronie leży taki obowiązek w myśl art.6 k.c. w związku z art.14 ustawy. Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, że przed ustaleniem wartości zamówienia badał rynek i rozpiętość cenowa za jeden kask wynosiła od 1260 zł do 1950zł. Zamawiający przyjął cenę średnią czyli 1420zł. Natomiast Wykonawca wybrany zaoferował cenę jednego kasku za 1.098zł. W tym stanie rzeczy (1260 a 1098) bez dowodów ze strony Odwołującego brak podstaw do uwzględnienia zarzutu rażąco niskiej ceny.

Reasumując Izba orzekła w myśl art. 192 ust.7 ustawy w granicach zarzutów odwołania, uwzględniając je na podstawie art.192 ust.2, ponieważ Izba stwierdziła naruszenie przepisu art.26 ust.3 w związku z art.25 ust.1 pkt 2 ustawy przez Zamawiającego, które mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty uiszczonego wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00zł. i wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedstawionej faktury w kwocie 3.600,00zł.

Przewodnicząca

.....