

Sygn. akt: KIO/UZP 1400/08

WYROK
z dnia 16 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Luiza Łamejko
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu /~~w dniach~~ 16.12.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe IMS GRIFFIN Sp. z o.o., 00-609 Warszawa, ul. Armii Ludowej 26 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Komenda Wojewódzka Policji w Gdańsku, 80-819 Gdańsk, ul. Okopowa 15 protestu / ~~protestów~~* z dnia 24.11.2008 r.

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Sprzętu Ochronnego MASKPOL S.A., 42-140 Panki, Konieczki zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciążyć Komenda Wojewódzka Policji w Gdańsku, 80-819 Gdańsk, ul. Okopowa 15

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe IMS GRIFFIN Sp. z o.o., 00-609 Warszawa, ul. Armii Ludowej 26,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez Komenda Wojewódzka Policji w Gdańsku, 80-819 Gdańsk, ul. Okopowa 15 na rzecz Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe IMS GRIFFIN Sp. z o.o., 00-609 Warszawa, ul. Armii Ludowej 26 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 3436 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące czterysta trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe IMS GRIFFIN Sp. z o.o., 00-609 Warszawa, ul. Armii Ludowej 26.

U z a s a d n i e

Odwołujący IMS-GRIFFIN sp. z o.o. z Warszawy uczestniczący w postępowaniu przetargowym na dostawę masek przeciwgazowych z filtropochłaniaczami dla Zamawiającego – KWP w Gdańsku, zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie protestu PSO MASKPOL S.A. i w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego po uprzednim przeprowadzeniu ponownej oceny ofert, zgodnie z zawiadomieniem w piśmie z dnia 27 listopada 2008 r.

Odwołujący zarzucił również naruszenie art. 182 ust. 2 pkt 2 i 3 w zw. z art. 183 ust. 5 pkt 1 i 2 poprzez dokonanie w dniu 27 listopada 2008 r. powtórnej oceny ofert i rozstrzygnięciu polegającym na odrzuceniu oferty Odwołującego z jednoczesnym wyborem oferty protestującego, przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

Wskazując na zarzuty, Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na uwzględnieniu protestu z dnia 24 listopada 2008 r. i unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty.

Odwołujący stwierdził, że wbrew stanowisku protestującego, oferta przez niego złożona, a w szczególności parametry techniczne oferowanego wyrobu w pełni odpowiadają warunkom określonym w SIWZ i nie jest prawdą, że maska przez niego oferowana nie posiada w części twarzowej elastycznej panoramicznej szyby. Maską M 98 spełnia wymagania, w szczególności odpowiada opisowi z zał. Nr 1 pkt 4 SIWZ. Zamawiający dokonując wyboru miał możliwość badania ugięcia szyby, a przeprowadzone przez Odwołującego badania potwierdziły ugięcie przedniej szyby, o czym świadczy tzw. strzałka ugięcia maski – współczynnik odkształcania. Maską tą jest wyposażona w wykonany z poliwęglanu PC panoramiczny wizjer posiadający dużą wytrzymałość mechaniczną zapewniającą przepuszczalność światła i duże pole widzenia. Zatem Zamawiający pierwotnie dokonał prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty, a zarzut protestu wniesionego przez konkurencyjnego dostawcę jest nieuzasadniony. Odwołujący wskazał również, że cecha elastyczności nie była parametrem ocenianym w SIWZ, nie była wpisana w pkt 2 – wymagania techniczne SIWZ, ani w pkt 3 – wymagania bezpieczeństwa. Nie jest także elementem istotnym dla użytkownika maski, z punktu widzenia funkcjonalności i bezpieczeństwa (ochrony). Po dokonaniu analizy wymogów technicznych, Odwołujący stwierdził, że zaoferowany przez niego towar spełnia przywołane w SIWZ normy PN EN 136 oraz PN EN 13274-3, wobec czego nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając kolejny zarzut odwołujący podniósł, że powtórna ocena i wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił przed upływem terminu do wniesienia odwołania, co stanowi naruszenie przepisów art. 182 w zw. Z art. 183 ust. 5 pkt 1, 2 ustawy. Odwołujący zaznaczył, że ustawa wyraźnie różnicuje sytuacje w zależności od tego, czy zamawiający uwzględnia wszystkie żądania, czy też niektóre z nich, a zależności od tego powtarza czynności po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu., co powinien był uczynić w sprawie niniejszej, skoro nie uwzględnił zarzutów przystępującego do postępowania – obecnie Odwołującego.

Odwołujący wskazał brak podstaw uzasadniający dokonanie przez Zamawiającego powtórnej oceny ofert, bowiem postępowanie protestacyjne w sprawie nie zostało jeszcze trwale i ostatecznie rozstrzygnięte.

W toku rozprawy Odwołujący wskazał, że w rozdziale II specyfikacji opisane są wymagania techniczne, lecz nie ma w tej części żadnych postanowień dotyczących elastyczności wizjera maski. Elastyczność, o której mowa w rozstrzygnięciu protestu, pojawia się w pkt 4 „ukompletowanie”, opisującym co wchodzi w skład zestawu. Odwołujący stwierdził, że

pojęcie elastyczność oznacza, że materiał elastyczny, po przyłożeniu do niego siły, zmienia kształt, a następnie, po odjęciu tej siły, wraca do kształtu pierwotnego. Elastyczność, w tym elastyczność wizjera, nie jest opisana w żadnej z norm obowiązujących na terenie RP.

Odwołujący powołując się na treść złożonego do akt sprawy pisma Wojskowego Instytutu Chemii i Radiometrii stwierdził, że Zamawiający nie miał podstaw odrzucić oferty, nie miał bowiem możliwości obiektywnej oceny parametru elastyczności wizjera, nie mając ku temu stosownych norm ani postanowień specyfikacji.

Odwołujący stwierdził, że uczestniczył w analogicznych postępowaniach prowadzonych przez Komendy Wojewódzkie Policji w Warszawie, Katowicach, Poznaniu i Olsztynie, i w żadnym z tych postępowań jego oferta nie została odrzucona, a protest złożony przez obecnego Przystępującego, w postępowaniu w Olsztynie z analogicznymi zarzutami, został przez tamtego Zamawiającego oddalony.

Odwołujący wskazał również, że w powszechnie dostępnych opisach masek oferowanych przez konkurenta tj. Przystępującego) brak jest jakichkolwiek informacji dotyczących elastyczności wizjera – jest to parametr nieopisany, co wynika z kart katalogowych produktów MASKPOL S.A. o treści nie kwestionowanej przez Przystępującego.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z oględzin z masek oferowanych przez niego i Przystępującego na okoliczność posiadanych przez maski parametrów technicznych i ich wzajemnej równoważności w zakresie wszystkich elementów.

Odwołujący wskazał że jedynym kryterium oceny była cena, a nie np. parametry użytkowe. Informuje, że taki parametr był oceniany w powołanym wcześniej postępowaniu prowadzonym przez KWP w Olsztynie. Okazał część kopii dokumentacji postępowania KWP w Olsztynie na potwierdzenie swoich twierdzeń.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i podtrzymując argumentację zawartą w rozstrzygnięciu protestu wskazał, że oferta Odwołującego nie jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Wzór maski nie spełnia wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymagał przedstawienia maski, w której „część twarzowa konstrukcji pozwalającej na głosowe porozumiewanie się, z panoramiczną elastyczną szybą”, natomiast wzór maski przedstawione przez Odwołującego nie posiada części twarzowej z elastyczną szybą panoramiczną, część ta jest sztywna, co oznacza, że nie jest zgodna z SIWZ.

Zamawiający stwierdził, że treść SIWZ w niniejszej sprawie jest tej samej treści we wszystkich postępowaniach prowadzonych przez Komendy Wojewódzkie Policji w Polsce., a odnosząc się do informacji dotyczącej postępowania w Olsztynie stwierdził, że w postępowaniu tym nie wniesiono odwołania, gdyż wartość przedmiotu zamówienia była

„podprogowa”, a postępowanie było prowadzone przed dniem wejścia w życie nowelizacji ustawy prawo zamówień publicznych.

Wskazał, że zgodnie z rozdziałem V ppkt 2 zatytułowanym „dokumenty lub oświadczenia” żądał złożenia wraz z ofertą wzoru oferowanego asortymentu; pierwotnie wybrano ofertę z najniższą ceną, jednakże po wpłynięciu protestu, w którym wskazano na małą elastyczność szyby, dokonano ponownej oceny i stwierdzono, że maska pierwotnie wybrana jest maską z częścią szybową sztywną i nie spełnia warunków specyfikacji. Podsumowując swoje oceny Zamawiający stwierdził, że maska oferowana przez Odwołującego w całości jest równoważna do maski MP-5, za wyjątkiem szyby panoramicznej.

Przystępujący i wniósł o oddalenie odwołania i stwierdził, że wizjer maski oferowanej przez Odwołującego wygina się jedynie w jedną stronę i wynika to z kształtu tego wyrobu, a nie ze specyfiki materiału, z którego jest wykonany (poliwęglan, który jest materiałem sztywnym). Wskazał, że w specyfikacji podano wymagania techniczne dla maski „MP-5 lub równoważnej”.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, w tym postanowieniami SIWZ i wysłuchaniu na rozprawie stron i uczestnika postępowania ustali, co następuje.

Biorąc pod uwagę stanowisko Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu i potwierdzone na rozprawie, że maska oferowana przez Odwołującego w całości jest równoważna do maski MP-5, za wyjątkiem szyby panoramicznej, która nie spełnia jego oczekiwań w zakresie elastyczności, Izba nie oceniała dodatkowych przedstawionych argumentów dotyczących pozostałych parametrów masek, w tym m.in. możliwości przechowywania i transportu masek, wytrzymałości szyby wizjera, kształtu, pola widzenia. Oceniając postawiony wymóg techniczny maski, stwierdza się, że Zamawiający wymagał w SIWZ przedstawienia maski, w której „część twarzowa konstrukcji pozwalającej na głosowe porozumiewanie się, z panoramiczną elastyczną szybą”, jakkolwiek wymóg ten został ujęty w pkt 4 rozdziału II „Opis przedmiotu zamówienia – „ukompletowanie”. Zamawiający nie dookreślił przy tym pojęcia elastyczności szyby, co może być zrozumiałe w świetle braku na tę okoliczność stosownych norm, co jest niesporne między stronami, nie podjął też próby samodzielnego opisu zakresu wymaganej elastyczności wizjera tj. szyby.

Uwzględniając encyklopedyczną definicję elastyczności rozumianej jako sprężystość, czyli właściwość powracania ciał do pierwotnego kształtu po zdjęciu obciążenia wywołującego odkształcenie oraz fakt, że ciała wykazują sprężystość do pewnej wartości stanowiącej dla nich granicę sprężystości, w świetle dowodu z oględzin masek oferowanych przez Odwołującego i Przystępującego, skład orzekający stwierdził widoczną różnicę elastyczności

szyby umieszczonej w masce MP -5 i masce M98. Pierwsza z masek posiada znacznie bardziej elastyczną szybę panoramiczną, z możliwym ugięciem nawet do 180⁰, od drugiej maski, w której szyba wizjera pod obciążeniem ugina się nieznacznie. Jednakże niesposób, nawet korzystając li tylko z wiedzy potocznej, twierdzić, że maska M98 nie posiada elastycznej szyby, a umieszczony w niej wizjer jest sztywny.

Biorąc pod uwagę, że cecha elastyczności jakkolwiek, która wbrew twierdzeniu Odwołującego została jednak ujęta w postanowieniach SIWZ mimo braku precyzji, była cechą wymaganą od przedmiotu dostawy, wykonawcy wykazali ją w oferowanych maskach i ich szybach, odwołanie rozpatrywane w niniejszej sprawie zasługuje na uwzględnienie.

Stąd też orzeczono, jak w sentencji wyroku, nakazując Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty złożonej przez Odwołującego – PHU IMS GRIFFIN sp. z o.o. w Warszawie.

Podniesiony przez Odwołującego zarzut naruszenia przepisów art. 182 w zw. z art. 183 ust. 5 pkt 1, 2 ustawy Pzp, polegającego na dokonaniu powtórnej oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty przed upływem terminu do wniesienia odwołania, nie był przez skład orzekający Izby oceniany, jako podlegający odrzuceniu ze względów formalnych, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy, gdyż czynność powtórzenia czynności opisana w piśmie Zamawiającego z dnia 27 listopada 2007 r. nie była oprotestowana przez Odwołującego, a zatem zarzut odwołania w tym zakresie nie został poprzedzony protestem skierowanym do Zamawiającego.

O kosztach postępowania w rozpatrzonej sprawie orzeczono stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* niepotrzebne skreślić