

Sygn. akt KIO/2251/10

WYROK
z dnia 26 października 2010 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 18 października 2010 r. przez **Astra Concept Sp. z o.o., ul. Przy Agorze 28/10, 01-930 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Pimco Sp. z o.o., ul. Żołątkowa 63, 02-815 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Astra Concept Sp. z o.o., ul. Przy Agorze 28/10, 01-930 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 **Astra Concept Sp. z o.o., ul. Przy Agorze 28/10, 01-930 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Astra Concept Sp. z o.o., ul. Przy Agorze 28/10, 01-930 Warszawa** na rzecz **Komendy Głównej Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 2251/10

Uzasadnienie

I. Komenda Główna Policji (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „dostawa kombinezonów antyodłamkowych EOD-9 lub równoważnych - w ilości 5 kpl.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 10.08.2010 r., poz. 2010/S 153-236564 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 18.10.2010 r. ASTRA Concept Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

Według Odwołującego, w składzie dostarczonego przez firmę Pimco Sp. z o.o. wzoru kombinezonu antyodłamkowego brak było wymaganych przez Zamawiającego „rękawic oraz butów gumowych z uszczelniaczami umożliwiającymi bezpieczne wykonywanie operacji w środowisku chemiczno-biologicznym”, o których mowa w pkt 2 ppkt 2.2. poz. 9 załącznika Nr 1 do SIWZ - „SPECYFIKACJA TECHNICZNA”, o czym ma świadczyć treść protokołów przekazania tychże wyrobów Zamawiającemu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o anulowanie decyzji Zamawiającego o wyborze oferty Pimco Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i o uznanie oferty firmy Pimco Sp. z o.o. za odrzuconą.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dn. 22.10.2010 r. przystąpiła Pimco Sp. z o.o. (dalej: Przystępujący).

Zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania, ponieważ zostało ono według niego wniesione przez podmiot nieuprawniony – równocześnie z czynnością, na którą Odwołujący wniosł odwołanie tj. równocześnie z wyborem oferty najkorzystniejszej, Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania. Odwołujący wniosł zastrzeżenia jedynie co do

wyboru oferty najkorzystniejszej, natomiast nie zakwestionował swojego wykluczenia. Niezależnie od powyższego, Zamawiający zwracał uwagę na brak interesu prawnego oraz nie wystąpienia przesłanki możliwości wystąpienia szkody i wnosił o oddalenie odwołania. Ustosunkowując się merytorycznie do zarzutów, wskazywał, że kompletność przekazanego kombinezonu nie wynikała z protokołów przekazania wzorów (oba wykonawcy opisali przekazywany wyrób ogólnie „kombinezon – 1 komplet”), ale z wyposażenia samego wyrobu, który był oceniany przez członków komisji przetargowej po rozerwaniu opakowań ochronnych.

II. 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 zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze, Odwołujący nie spełnił przesłanek w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych do wniesienia odwołania, po drugie – podniesione zarzuty są nieuzasadnione.

Wobec faktu, że Odwołujący nie zakwestionował własnego wykluczenia z postępowania, utracił status wykonawcy w postępowaniu (co mogłoby wskazywać na to że odwołanie wniósł podmiot nieuprawniony), jednak okolicznością przeważającą jest właśnie wynikający z utraty statusu wykonawcy brak interesu do wniesienia odwołania. Ponieważ dotychczasowe orzecznictwo wskazywało, że posiadanie interesu jest przesłanką materialnoprawną badaną na rozprawie, Izba zdecydowała się otworzyć rozprawę. Rację ma Zamawiający wskazując, że należy spełnić łącznie obie przesłanki, wymienione w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych: legitymację do wniesienia odwołania ma podmiot, który „ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”.

Równocześnie można spełnić powyższe przesłanki wyłącznie w sytuacji, w której podmiot wnoszący odwołanie stawia zarzuty tego rodzaju, że co najmniej zwiększa się jego szansa na uzyskanie zamówienia (a przez jej utratę poniósł lub może ponieść szkodę) – przykładowo, z pozycji drugiej w rankingu ofert awansuje na pierwszą. Jeżeli Odwołujący nie zakwestionował własnego wykluczenia, z takiej szansy de facto zrezygnował.

Ze względu na powyższe, odwołanie podlega oddaleniu – Odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Niezależnie od powyższego, Izba przeanalizowała zgłoszone zarzuty i stwierdziła, co następuje: Odwołujący nie udowodnił swoich racji.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w dniu 7.10.2010 r. (informacja o wyniku postępowania w aktach sprawy) dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Przystępującego, a Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ppkt 4 Prawa zamówień publicznych, ponieważ nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu (nie załączył do oferty potwierdzonego referencjami wykazu wykonanych dostaw).

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający uprzednio (przed terminem składania ofert i wyborem oferty), w dniu 2.09.2010 r. zmodyfikował treść SIWZ, wprowadzając w rozdz. VII ust. 3.3 wymogi odnośnie dostarczenia wzoru przedmiotu zamówienia: Zamawiający postanowił, że z przeprowadzonej czynności oceny technicznej wzoru zostanie sporządzony protokół, a negatywna ocena wzoru będzie skutkowałą odrzuceniem oferty.

Z czynności przekazania Zamawiającemu wzorów kombinezonów wykonawcy samodzielnie sporządzali protokoły, na których pracownik Zamawiającego potwierdzał przekazanie mu wzoru. Odwołujący i Przystępujący sporządzili podobne formularze protokołów przekazania wzoru - w protokole Odwołującego (w ofercie na stronie 32) w tabeli opisano przekazywany przedmiot jako „kombinezon antyodłamkowy (...) – 1 kpl”, Przystępujący natomiast opisał - „1 komplet ciężkiego kombinezonu odłamkowego (...) – 1 kpl.”, z tym, że na oryginale protokołu Przystępującego osoba odbierająca wzór uczyniła odręczne adnotacje wyspecyfikowując niektóre z elementów wyposażenia kombinezonu. Oba protokoły przekazania – Odwołującego i Przystępującego – podpisywała inna osoba ze strony Zamawiającego. Ponieważ Przystępujący przekazał Zamawiającemu wzór po terminie składania ofert, Zamawiający uznał, że nie można go uznać za „załącznik” do oferty podlegający ocenie, wezwał do jego uzupełnienia, co Przystępujący uczynił.

Zamawiający podnosił, że ocena wzoru była dokonywana przez komisję przetargową, i zgodnie z rozdz. VII pkt 3.3 po modyfikacji sporządzono dwa „protokoły z oceny technicznej oferowanego wyrobu” (kopie w aktach sprawy). W wyrobie zaoferowanym przez Przystępującego – zgodnie z protokołem oceny – Zamawiający nie stwierdził żadnych braków.

Odwołujący wskazywał, że dostarczył butlę na sprężone powietrze (element wyposażenia kombinezonu) o pojemności mniejszej, niż wymagał Zamawiający i w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, została dostarczona butla o właściwej pojemności. Równocześnie w odpowiedzi na pytanie, czy weryfikował kompletność

kombinezonu przekazanego przez Przystępującego Zamawiającemu, stwierdził, że widział oba kombinezony, ale nie weryfikował kompletności kombinezonu Pimco.

W takich okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, argumentując, iż w składzie dostarczonego przez firmę Pimco Sp. z o.o. wzoru kombinezonu antyodłamkowego brak było wymaganych przez Zamawiającego „rękawic oraz butów gumowych z uszczelniającymi umożliwiającymi bezpieczne wykonywanie operacji w środowisku chemiczno-biologicznym”, o których mowa w pkt 2 ppkt 2.2. poz. 9 załącznika Nr 1 do SIWZ - „SPECYFIKACJA TECHNICZNA”, o czym ma świadczyć według Odwołującego treść protokołów przekazania tychże wyrobów Zamawiającemu.

Analizując tak postawiony zarzut, Izba zauważyła, że Odwołujący wskazał błędną podstawę prawną zarzutu – ze względu na niezgodność przedstawionego wzoru kombinezonu z treścią SIWZ można byłoby ewentualnie (gdyby rzeczywiście taki brak zaistniał, przy założeniu, że nie można byłoby go uzupełnić) odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (treść oferty Przystępującego można byłoby w takim wypadku uznać za niezgodną z SIWZ). Natomiast Odwołujący wskazywał naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ppkt 4 Prawa zamówień publicznych, nakazującego wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, nie wskazując jednak żadnych argumentów, przemawiających za wykluczeniem Przystępującego.

Odnosząc się do podstawy faktycznej zarzutu, Izba zauważyła, że Odwołujący po pierwsze, nie negował możliwości uzupełnienia przedłożonego kombinezonu czy to w części, czy to w całości (sam w odpowiedzi na wezwanie uzupełnił niewłaściwą butlę na sprężone powietrze), po drugie, przyznał, że nie podjął próby weryfikacji elementów kombinezonu Przystępującego przez zapoznanie się z samym wzorem, a swoje zarzuty opierał jedynie na treści „protokołów przekazania wyrobu”.

Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2009 r.), w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać m.in. „próbek” – za taką próbkę można uznać wzór kombinezonu, który ma być przedmiotem dostawy. Zamawiający w postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, wezwał obu wykonawców do uzupełnienia przedłożonych próbek i Odwołujący prawidłowości takiego wezwania nie

negował (a Izba bada wniesione odwołanie wyłącznie w zakresie podniesionych zarzutów – art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych). Odwołujący kwestionował jedynie niekompletność kombinezonu Przystępującego (brak obuwia i rękawic) i to nie faktyczną (nie weryfikował bowiem elementów składających się na przedłożony Zamawiającemu kombinezon), a formalną – która miałaby wynikać z protokołów przekazania wzoru kombinezonu Zamawiającemu.

W ocenie Izby treść protokołów przekazania wzoru kombinezonu nie przesądza o elementach składowych kombinezonu. Kompletność kombinezonów weryfikowała komisja przetargowa, i prace tejże komisji znalazły odzwierciedlenie w protokole oceny technicznej (nie stwierdzono żadnych braków); Odwołujący nie badał samodzielnie kompletności kombinezonu Przystępującego. Skoro Odwołujący nie kwestionował ani możliwości uzupełnienia kombinezonu (ani w całości, ani w części), ani prawidłowości (prawdziwości) protokołów oceny technicznej kombinezonu zaoferowanego przez Przystępującego, nie można uznać podnoszonych przez niego zarzutów za uzasadnione.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....