

WYROK
z dnia 29 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 września 2011 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2011 r. przez wykonawcę **Mariusza Przybytniaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KADIMEX Biuro Handlowe Mariusz Przybytniak, ul. Wólczyńska 290, 01-919 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8b, 81-912 Gdynia**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności Zamawiającego unieważnienia części 1 postępowania oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert w części 1 postępowania, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8b, 81-912 Gdynia i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Mariusza Przybytniaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KADIMEX Biuro Handlowe Mariusz Przybytniak, ul. Wólczyńska 290, 01-919 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;**
 - 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy**

sześćset złote zero groszy) przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8b, 81-912 Gdynia** na rzecz wykonawcy **Mariusza Przybytniaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KADIMEX Biuro Handlowe Mariusz Przybytniak, ul. Wólczyńska 290, 01-919 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego: „Dostawa sprzętu pożarniczego dla wojskowych straży pożarnych Część I zamówienia - aparat nadciśnieniowy jednobutlowy zgodny z opisem przedmiotu zamówienia oraz urządzenie przenośne do sprawdzania szczelności masek oddechowych zgodne z opisem przedmiotu zamówienia - załącznik nr 4 do SIWZ” - nr referencyjny 30/VI/2011, zostało wszczęte przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8b, 81-912 Gdynia zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 118-194793 z 22.06.2011 r.

W dniu 14.09.2011 r. (faxem) Zamawiający poinformowało o unieważnieniu części 1 postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”. Wskazał, że postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W dniu 19.09.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło odwołanie Mariusza Przybytniaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KADIMEX Biuro Handlowe Mariusz Przybytniak, ul. Wólczyńska 290, 01-919 Warszawa zwany dalej: „KADIMEX Biuro Handlowe Mariusz Przybytniak” albo „Odwołującym” na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp od niezgodnych z przepisami Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na jej podstawie, tj. od:

a) braku podania uzasadnienia faktycznego w decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części I,

b) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w części I,

c) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Waldemar Szybicki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą SZYBICKI Sprzęt i Zabudowa Pojazdów Specjalistycznych Waldemar Szybicki, ul. Lipowa, 62-028 Koziegłowy, k. Poznania zwany dalej: „SZYBICKI Sprzęt i Zabudowa Pojazdów Specjalistycznych Waldemar Szybicki”. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 19.09.2011 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił naruszenia:

a) art. 7 ust. 1 i art. 93 ust. 3 Pzp, poprzez brak uzasadnienia faktycznego decyzji o unieważnieniu postępowania,

b) art. 7 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez uznanie przez Zamawiającego, że zachodzą

przesłanki do unieważnienia postępowania podczas, gdy w rzeczywistości nie zaistniała przesłanka do unieważnienia postępowania,

c) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SZYBICKI Sprzęt i Zabudowa Pojazdów Specjalistycznych Waldemar Szybicki, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”. Wnosił o uwzględnienie odwołania i;

a) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części I,

b) nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy SZYBICKI Sprzęt i Zabudowa Pojazdów Specjalistycznych Waldemar Szybicki,

c) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części I.

W zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 93 ust. 3 Pzp.

Stwierdził, że z tak lakonicznego uzasadnienia unieważnienia postępowania, jak będące przedmiotem sporu nie sposób wywieść jakie są przesłanki unieważnienia, a w szczególności, w którym miejscu Zamawiający niejednoznacznie opisał przedmiot zamówienia. Tym samym Wykonawcy zostali narażeni na ryzyko sformułowania błędnych zarzutów w stosunku do samej decyzji o unieważnieniu postępowania. Odwołujący podnosi, że dalsze zarzuty w zakresie samego unieważnienia postępowania oparte są na domniemaniach, co legło u podstaw decyzji o unieważnieniu, gdyż z uzasadnienia nie wynikają te okoliczności. Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 93 ust. 3 Pzp poprzez brak uzasadnienia decyzji o unieważnieniu. Czynność ta ma niewątpliwie wpływ na wynik postępowania albowiem wiedza na temat faktycznych przesłanek unieważnienia pozwala Wykonawcom skutecznie, a więc właściwie sformułować ewentualne zarzuty wobec takiej czynności.

W zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Jak wskazano powyżej Odwołujący formułuje przedmiotowy zarzut opierając się na domniemaniach, jakie okoliczności legły u podstaw decyzji o unieważnieniu postępowania.

Odwołujący stwierdza, że opis przedmiotu zamówienia był jasny i precyzyjny i w żaden sposób nie prowadził do sytuacji, w której oferty byłyby nieporównywalne. W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że przesłanki do unieważnienia postępowania zostały enumeratywnie określone w art. 93 ust. 1 i 2 Pzp. Jedną z przesłanek do unieważnienia postępowania jest fakt, że *„postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”*. Natomiast przesłanki do unieważnienia umowy zostały opisane w art. 146 ust. 1, 5 i 6 Pzp: *Art. 146.1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:*

1) *z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;*

- 2) nie zamieścić ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
 - 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
 - 4) uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu;
 - 5) udzielił zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1, jeżeli nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2;
 - 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę (...)
5. Przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania przez zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1904 r. - Kodeks cywilny.
6. Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania."

Stwierdził, że w przedmiotowej sprawie nie zaistniała żadna z przesłanek opisanych powyżej. Wprawdzie Zamawiający w swoim uzasadnieniu nie wskazał, która przesłanka z art. 146 ust. 1 Pzp miałyby zostać spełniona, jednak analizując krótkie uzasadnienie zamieszczone w decyzji o unieważnieniu nie sposób dokonać subsumcji wskazanego stanu rzeczy pod którykolwiek z przypadków opisanych w art. 146 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie wykazał również spełnienia przesłanek określonych w art. 146 ust. 5 lub 6 Pzp.

Nie ulega wątpliwości, że interpretacja przesłanek do unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły, przy zachowaniu prymatu literalnej wykładni przepisów. Zamawiający unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia zobowiązany jest wykazać wadę, która skutkuje brakiem możliwości zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu. Biorąc pod uwagę aktualny stan prawny, a w szczególności zmianę brzmienia i przesłanek do unieważnienia umowy (we wcześniejszym stanie prawnym nieważność umowy), niedopuszczalna jest rozszerzająca wykładnia klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust. 6 Pzp, która pozwalałaby Zamawiającym na unieważnienie postępowania z powoływaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. W szczególności mogłoby to doprowadzić do nadużywania tej instytucji w sytuacji, gdy Zamawiający z własnej winy nie dokonał poprawy własnych nieprawidłowości w toku postępowaniu.

Stwierdził także, że Zamawiający w ogóle nie wykazał, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło do spełnienia jakiegokolwiek przesłanki powodującej możliwość unieważnienia umowy. W szczególności stwierdzić należy, że Odwołujący złożył ważną

ofertę, nie miał najmniejszych wątpliwości jaki przedmiot zamówienia ma zaoferować. Każdy z Wykonawców składając swoją ofertę stwierdzał: „*Oświadczam, że zapoznałem się ze Specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nic wnoszę do niej zastrzeżeń*”, co jednoznacznie wskazuje, że Wykonawcy nie mieli wątpliwości czego oczekuje od nich Zamawiający. Dodatkowo należy wskazać, że całe zamówienie było podzielone na trzy części i każdy z Wykonawców mógł złożyć swoją ofertę na dowolną część zamówienia. Decydując się na złożenie oferty na część I zamówienia oznaczało to, że Wykonawca składa ofertę zgodną z treścią specyfikacji.

Konsekwencje z ustalenia treści SIWZ wiążą obie strony postępowania, co więcej to Zamawiający kreuje te zapisy. Nie jest dopuszczalna sytuacja, w której Zamawiający poprzez własne błędy, którym mógł zapobiec, może powoływać się na możliwość unieważnienia umowy z powodu tych błędów co prowadziłoby do obarczania niekorzystnymi konsekwencjami Wykonawców, którzy zdecydowali się złożyć oferty w postępowaniu.

Abstrahując od powyższych rozważań Odwołujący wskazuje jednak, że Zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny. Dodatkowo Zamawiający nie wyjaśnił na czym miałyby polegać nieporównywalność złożonych ofert. W ocenie Odwołującego przedmiot zamówienia został opisany jasno i umożliwiał każdemu z Wykonawców złożenie oferty. Odwołując złożył ważną ofertę, a więc brak jest podstaw do uznania, że w opisie zamówienia są jakieś niejasności czy niejednoznaczności. Mając na uwadze powyższe należy uznać, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż opis przedmiotu zamówienia był jednoznaczny i w ocenie Odwołującego nie uniemożliwiał oceny złożonych ofert.

W zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W załączniku do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający wskazał, że żąda dostarczenia Aparatu nadciśnieniowego jednobutlowego zgodnego z EN 137:2006, który m.in. powinien posiadać certyfikat ATEX w zakresie: I MI; II1G IIC T6 ;II ID. Zaoferowany przez firmę SZYBICKI aparat powietrzny butlowy Fenzy X-Pro typ 2 nie posiada certyfikatu ATEX w zakresie: I MI, II 1G II C T6; II ID. Zaoferowany sprzęt jest więc niezgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 oferta tej firmy podlega odrzuceniu.

Ponadto Zamawiający zażądał, aby aparat nadciśnieniowy jednobutlowy był wyposażony w gumowy amortyzator noszaka zapewniający ochronę konstrukcji aparatu przy upadku. Zaoferowany aparat Fenzy X-Pro typ 2 nie posiada gumowego amortyzatora noszaka, a jest wyposażony jedynie w zderzak i amortyzator z tworzywa sztucznego. Tym samym aparat ten nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i oferta Wykonawcy - firmy SZYBICKI winna zostać odrzucona, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W ramach części I zamówienia, Zamawiający zażądał także dostawy:

„II. Urządzenie przenośne do sprawdzania szczelności masek oddechowych (przyrząd kontrolny). Przyrząd kontrolny do statycznego badania automatów oddechowych, masek oddechowych objętych n/w specyfikacją. Urządzenie kontrolne wykonane w wersji walizkowej posiadające w wyposażeniu:

- 1. Manowakuometr niskociśnieniowy +/-30mbar.*
- 2. Manometr średniociśnieniowy 0-16 bar kl.0,6.*
- 3. Elektryczna pompa mieszkowa wytwarzająca pod i nadciśnienie.*
- 4. Głowę testową do badania oferowanych w części I pkt 21 masek z imadłem mocującym.*
- 5. Przyłącze do oferowanych w części I pkt 21 masek.*
- 6. Gniazdo połączeniowe do oferowanych w części I pkt 21 masek.*
- 7. Zaśleпки zaworu wydechowego do oferowanych w części I pkt 21 masek.*
- 8. Czasomierz elektroniczny.*
- 9. Instrukcja obsługi w języku polskim".*

Firma SZYBICKI w tym zakresie zaoferowała urządzenie Labtest 240. Urządzenie to nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonym w specyfikacji, a mianowicie Głowa testowa do badania masek zamontowana jest na stałe podczas, gdy Zamawiający żądał, aby Głowa testowa do badania masek była oddzielnie. Tym samym urządzenie to nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego i oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający w dniu 21.09.2011 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

W dniu 28 września 2011 r. (wpływ bezpośredni do KIO) wpłynęło pismo procesowe Odwołującego zawierające dodatkową argumentację w przedmiocie złożonego odwołania i zawartych w nim zarzutów. W zakresie pierwszego zarzutu, wskazano na konieczność wykazania przez Zamawiającego, iż rzeczywiście opisał przedmiot zamówienia niejednoznacznie, w których miejscach i dlaczego złożone oferty są nieporównywalne. Powołał się na orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 27.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2228/10, KIO 2245/10, wyrok z dnia 20.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1437/11, wyrok z dnia 02.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1033/11). Odnośnie drugiego zarzutu, Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wykazał żadnej z przesłanek art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp. Podniósł, że nie miał wątpliwości jakie są oczekiwania Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia. Zauważył, że przesłanki unieważnienia postępowania należy interpretować ściśle, a nie rozszerzająco.

Przywołał orzecznictwo KIO (wyrok KIO z dnia 11.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 54/07, wyrok z dnia 04.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 25/08, wyrok z dnia 08.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 343/10, wyrok z dnia 31.03.2011 r., sygn. akt: KIO 582/11, jak i ponownie wyrok z dnia 02.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1033/11, czy też wyrok z dnia 16.09.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1905/10, KIO/UZP 1921/10). Wskazał także na wyrok Sądu Okręgowego Warszawa Praga z dnia 30.08.2010 r., sygn. akt: IV Ca 832/10. Względem trzeciego zarzutu, podtrzymał swoje stanowisko z odwołania, jak i dodatkowo wskazał na wyjaśnienia z dnia 16.08.2011 r, jako wprost potwierdzające zasadność jego argumentacji.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, w szczególności załącznikiem nr 4 i 7 do SIWZ, odpowiedziami na pytania zadane na etapie przed terminem składania ofert, a zwłaszcza odpowiedzią Zamawiającego z dnia 15 i 18.07.2011 r. na pytania firmy Egeria Sp. z o.o. – wpływ 12.07.2011 r., tudzież samymi pytaniami, ofertą SZYBICKI Sprzęt i Zabudowa Pojazdów Specjalistycznych Waldemar Szybicki, a zwłaszcza załącznikiem nr 5 do oferty, protokołem Komisji Przetargowej z dnia 04.08.2011 r., wezwaniem do wyjaśnień w trybie z art. 87 ust.1 Pzp z dnia 11.08.2011 r. skierowanym do SZYBICKI Sprzęt i Zabudowa Pojazdów Specjalistycznych Waldemar Szybicki, wyjaśnieniami udzielonymi na przedmiotowe wezwanie z dnia 16.08.2011 r. wraz z załącznikiem oświadczeniem producenta firmy SPERIAN, protokołem Komisji Przetargowej z dnia 19.08.2011 r., pismami skierowanymi przez Zamawiającego do Komendy Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w Gdyni oraz producenta MSA Safety Sp. z o.o. (oba z dnia 31.08.2011 r.), jak i uzyskanymi odpowiedziami (także oba z dnia 12.09.2011 r.), informacją o unieważnieniu części 1 postępowania z dnia 14.09.2011 r., odwołaniem, pismem procesowym Odwołującego (28.09.2011 r.), przedłożonym na rozprawie przez Odwołującego oświadczeniem producenta SPERIAN, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Odwołujący, którego oferta była cenowo na drugim miejscu w rankingu złożonych ofert, zaraz po ofercie najkorzystniejszej cenowo, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, także wobec oferty najkorzystniejszej cenowo, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 2028/11, postanowień SIWZ, w szczególności załącznika nr 4 i 7 do SIWZ, odpowiedzi na pytania zadane na etapie przed terminem składania ofert, a zwłaszcza odpowiedzi Zamawiającego z dnia 15 i 18.07.2011 r. na pytania firmy Egeria Sp. z o.o. – wpływ 12.07.2011 r., tudzież same pytania, oferty SZYBICKI Sprzęt i Zabudowa Pojazdów Specjalistycznych Waldemar Szybicki, a zwłaszcza załącznika nr 5 do oferty, protokołu Komisji Przetargowej z dnia 04.08.2011 r., wezwania do wyjaśnień w trybie z art. 87 ust.1 Pzp z dnia 11.08.2011 r. skierowanego do SZYBICKI Sprzęt i Zabudowa Pojazdów Specjalistycznych Waldemar Szybicki, wyjaśnień udzielonych na przedmiotowe wezwanie z dnia 16.08.2011 r. wraz z załącznikiem oświadczeniem producenta firmy SPERIAN, protokołu Komisji Przetargowej z dnia 19.08.2011 r., pisma skierowanego przez Zamawiającego do Komendy Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w Gdyni oraz producenta MSA Safety Sp. z o.o. (oba z dnia 31.08.2011 r.), jak i uzyskanych odpowiedzi (także oba z dnia 12.09.2011 r.), informacji o unieważnieniu części 1 postępowania z dnia 14.09.2011 r., odwołania, pisma procesowego Odwołującego (28.09.2011 r.). Ponadto, Izba uznała, jako dowód w sprawie przedłożone na rozprawie przez Odwołującego oświadczenie producenta firmy SPERIAN.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp i art. 93 ust.3 Pzp, poprzez brak uzasadnienia faktycznego decyzji o unieważnieniu części 1 postępowania, Izba uznała w/w zarzut za zasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W ramach informacji o unieważnieniu części 1 postępowania z dnia 14.09.2011 r. Zamawiający wskazał, że: *„postępowanie obarczone jest niemożliwa do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”*.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, w toku rozprawy Zamawiający podał dodatkowe podstawy prawne

i faktyczne unieważnienia części 1 postępowania. W konsekwencji uniemożliwiając Odwołującemu właściwe i pełne odniesienie się do rzeczywistych przyczyn unieważnienia części 1 postępowania we wniesionym odwołaniu.

Po drugie, w toku rozprawy Zamawiający rozwinął, a ściśle skonkretyzował, które fragmenty postanowień SIWZ mają w jego ocenie niejednoznaczny charakter. Poprzez niniejsze działanie niejako potwierdził, że pierwotna czynność unieważnienia części 1 postępowania nie zawierała rzeczywistego uzasadnienia faktycznego. Poprzez swoje oświadczenie złożone na rozprawie *de facto* przyznał, że odnosi się niniejsze także do uzasadnienia prawnego (wskazanie powyżej).

Po trzecie, sformułował wobec postanowień SIWZ przygotowanych przez samego Zamawiającego, zarzut wskazania na konkretnego producenta. Niniejsze, jak i wcześniej wskazywane działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne i ogranicza, co należy w sposób nie budzący żadnej wątpliwości podkreślić, ni mniej ni więcej, prawo każdego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do wnoszenia środków ochrony pranej.

Sam fakt potwierdzenia niniejszego zarzutu, winien z uwagi na wynikające z niego konsekwencje, stanowić samodzielną podstawę do uwzględnienia odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp i art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp, poprzez uznanie przez Zamawiającego, że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania (części 1), podczas, gdy w rzeczywistości nie zaistniała przesłanka do unieważnienia postępowania (części 1), Izba uznała w/w zarzut za zasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W informacji z dnia 14.09.2011 r. brak było jakichkolwiek informacji szczegółowych, co do konkretnych postanowień SIWZ. Na rozprawie dopiero Zamawiający przywołał swoje odpowiedzi z dnia 15 i 28.07.2011 r. na pytania firmy Egeria Sp. z o.o. – wpływ 12.07.2011 r., tudzież same pytania (z pkt 1, 3 i 5 pisma). Dodatkowo powołał nową podstawę prawną art. 146 ust. 6 Pzp. Podniósł, że przywołane w tych punktach fragmenty SIWZ – opisu przedmiotu zamówienia dla części 1 (I - poz. 5 i 12, II załącznika nr 7 do SIWZ) wskazują na niejednoznaczny ich charakter, jak i na konkretnego producenta – firmę MSA Safety Sp. z o.o. Przyznał, że podtrzymał postanowienia SIWZ z uwagi na aktualnie posiadane urządzenia (kompatybilność).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, dopiero na rozprawie Zamawiający wskazał, że art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp

należy rozpatrywać w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp. Izba podtrzymuje stanowisko wynikające z orzecznictwa KIO, że Zamawiający ma prawo uwzględnić wskazane w art. 146 ust. 6 Pzp w zw. z art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp okoliczności przy ocenie, czy zachodzi przesłanka unieważnienia z uwagi na nieusuwalną wadę postępowania, która Stanowic może podstawę do unieważnienia umowy przez Prezesa UZP (wyrok KIO z dnia 24.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2480/10, wyrok KIO z dnia 20.12.2010 r., sygn. akt: KIO 2630, wyrok KIO z dnia 20.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1437/11, czy też wyrok z dnia 25.08.2011 r., sygn. akt: 1733/11). Jest jednak zobowiązany, co należy wyraźnie podkreślić, taką wadę wykazać. Zakres zastosowania tego przepisu nie można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości Zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej art. 146 ust. 6 Pzp, która pozwalałaby Zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. (podobnie wyrok KIO z dnia 02.06.2011 r., sygn. akt: 1033/11).

Po drugie, należy zauważyć, że pismo jednego z Wykonawców, przesłane Zamawiającemu przed terminem składania ofert (wpływ 12.07.2011 r.), będące podstawą argumentacji Zamawiającego z rozprawy, mimo operowania określonymi тезami, które w ocenie Zamawiającego były wystarczającą podstawą do unieważnienia części 1, w żaden sposób nie udowadnia swojego stanowiska, a jego celem jest skłonienie Zamawiającego do wprowadzenia korzystnych sformułowań w postanowieniach SIWZ. Zamawiający nie miał obowiązku uznania zawartych w przedmiotowym piśmie тез i dokonania wnioskowanych zmian postanowień SIWZ. Na rozprawie przyznał, że podtrzymał przed terminem składania ofert, istniejące postanowienia SIWZ, uznając je za obowiązujące wszystkich uczestników postępowania, głównie dlatego, że zależało mu na kompatybilności ze sprzętem będącym już w jego dyspozycji, wiązało się więc niniejsze w wymiernymi potrzebami Zamawiającego.

Po trzecie, Izba zwraca uwagę, że zastanawiające jest, że Wykonawca będący autorem niniejszego pisma (SZYBICKI Sprzęt i Zabudowa Pojazdów Specjalistycznych Waldemar Szybicki), ani też żaden inny Wykonawca, nie złożyli środka ochrony prawnej na postanowienia SIWZ, mimo „*unijnego*” charakteru postępowania i jakoby tak ewidentnych naruszeń przepisów Pzp. Należy podkreślić, iż w ocenie Izby art. 146 ust. 6 Pzp ma szerszy charakter niż poprzednio obowiązujący art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp, i interpretacji tego przepisu w kontekście kształtowania opisu przedmiotu zamówienia należy dokonywać „*ostrożniej*” z poszanowaniem praw wykonawców, którzy postanowienia SIWZ ustalone przez Zamawiającego uznali za wiążące i złożyli oferty zgodne z ich brzmieniem. Brak należytej staranności w formułowaniu SIWZ przez Zamawiającego, którego konsekwencjom mógł zapobiec (ewidentnie w przedmiotowym stanie faktycznym, w kontekście zadanych

pytań – wpływ z dnia 12.07.2011 r., jak i udzielonych odpowiedzi z dnia 15 i 18.07.2011 r.), skutkująca w konsekwencji unieważnieniem z mocy art. 146 ust. 6 Pzp jest niedopuszczalna i nie może działać na niekorzyść Wykonawców, którzy postanowienia SIWZ ustalone przez Zamawiającego uznali za wiążące i złożyli oferty zgodne z ich brzmieniem. Należy „ostrożnie” interpretować podstawy do unieważnienia postępowania w oparciu o nieprawidłowości opisu przedmiotu zamówienia z winy Zamawiającego. Izba w tym zakresie powołuje się na wyrok KIO z dnia 02.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1033/11 oraz wyrok Sądu Okręgowego Warszawa Praga z dnia 30.08.2010 r., sygn. akt: IV Ca 831/10.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust.1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SZYBICKI Sprzęt i Zabudowa Pojazdów Specjalistycznych Waldemar Szybicki, której treść nie odpowiada treści SIWZ, Izba uznała w/w zarzut za zasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Wykonawca SZYBICKI Sprzęt i Zabudowa Pojazdów Specjalistycznych Waldemar Szybicki złożył Specyfikację techniczną: I - aparatu nadciśniewego Frenzy X-Pro oraz II – urządzenia przenośnego do sprawdzania szczelności masek oddechowych (przyrząd kontrolny) – Labtest 240 (str.150 do 151 oferty). Zgodnie z treścią protokołu Komisji Przetargowej z 04.08.2011 r. nie dostarczono w jej ramach certyfikatu ATEX w wymaganym zakresie (I M1, II 1 G II C T6, II 1D). Ponadto, wskazano, że zaoferowany noszak aparatu nadciśniewego Frenzy X-Pro nie jest wyposażony w gumowy amortyzator. Zaś głowa testowa do badania masek jest zamontowana na stałe, a nie mocowana do pulpitu za pomocą imadełka (przyrząd kontrolny). Wskazano także inne niezgodności (nie przywołane w przedmiotowym odwołaniu). Zamawiający wezwał do wyjaśnień w trybie z art. 87 ust.1 Pzp – pismo z dnia 11.08.2011 r. skierowane do SZYBICKI Sprzęt i Zabudowa Pojazdów Specjalistycznych Waldemar Szybicki w zakresie wynikającym z ustaleń protokołu Komisji Przetargowej z dnia 04.08.2011 r. W ramach wyjaśnień z dnia 16.08.2011 r. udzielonych na przedmiotowe wezwanie wraz z załącznikiem oświadczeniem producenta firmy SPERIAN stwierdzono, że noszak jest wyposażony z tworzywa sztucznego i spełnia swoją funkcję, zaś w Zamawiający nie określił zawartości procentowej gumy w tworzywie. Urządzenie Labtest 240 zostało dostarczone w wersji walizkowej. Głowa testowa do badania masek zamontowana jest na stałe i nie istnieje potrzeba jej demontażu, ponieważ urządzenie stanowi całość, którą można ustawić w dowolnym miejscu. Oświadczenie producenta SPERIAN zawiera informacje, że: „(...) w cenie zakupu sprzętu (...) zapewniamy szkolenie

(...) w zakresie wykonywania przeglądów i remontów (...). Protokół Komisji Przetargowej z dnia 19.08.2011 r. potwierdza brak certyfikatu ATEX w wymaganym zakresie (I M1, II 1 G II C T6, II 1D). Stwierdza także w zakresie oferty SZYBICKI Sprzęt i Zabudowa Pojazdów Specjalistycznych Waldemar Szybicki, że: „Dostarczone dokumenty jednoznacznie wskazują, że oferowany aparat oddechowy nie spełnia warunków zawartych w opisie przedmiotu zamówienia. Ponadto, Komisja stwierdziła, że oferent w powyższym oświadczeniu zaprzecza informacjom złożonym i podpisanym przez oferenta wraz z oferta”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba uznała za przeważające, że Odwołujący jednoznacznie wykazał, poprzez złożenie wyraźnego i jednoznacznego oświadczenia producenta aparatu powietrznego butlowego X-Pro typ II, że nie posiada niniejszy aparat certyfikatu ATEX w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Fakt, że do wyjaśnień z dnia 16.08.2011 r. SZYBICKI Sprzęt i Zabudowa Pojazdów Specjalistycznych Waldemar Szybicki, czyli Wykonawca firmy konkurencyjnej załączył oświadczenie firmy SPERIAN, potwierdza, że sprzęt właśnie tego producenta jest przedmiotem oferty złożonej przez w/w Wykonawcę. W konsekwencji, Izba dała wiarę przedłożonemu na rozprawie przez Odwołującego oświadczeniu firmy SPERIAN.

Po drugie, należy wskazać, że Wykonawca firmy konkurencyjnej, nie przystąpił do przedmiotowego postępowania odwoławczego, w konsekwencji utracił prawo wnoszenia środków ochrony prawnej na ewentualne odrzucenie swojej oferty z postępowania z uwagi na okoliczności podnoszone w odwołaniu, które wpłynęło w dniu 19.09.2011 r. Na marginesie Izba wskazuje, że niezrozumiałe jest działanie Wykonawcy, który w ramach udzielanych wyjaśnień „ostrzega” *de facto*, że wniesie odwołanie, w zakresie postanowień SIWZ, po terminie składania ofert, czyli w zakresie których upłynął termin.

Po trzecie odnośnie, amortyzatora gumowego, kwestia ta ma charakter dyskusyjny, to odnośnie „głowy testowej”, fakt, że ma ona inny charakter niż wymagany, nie podlega dyskusji, skoro funkcja urządzenia miała być zachowana, Wykonawca winien uzgodnić możliwość jej zaoferowania w toku zadawanych pytań na wcześniejszym etapie postępowania.

Należy także wskazać na stanowisko Komisji Przetargowej (19.08.2011 r.) zawarte w aktach postępowania, potwierdza ono wymiennie podstawy do odrzucenia oferty konkurencyjnej oraz fakt badania i oceny jej zgodności z postanowieniami SIWZ, nie zostało niniejsze jedynie wyartykułowane na zewnątrz. W tym zakresie zgromadzony materiał dowodowy daje wyraźne podstawy do uznania istnienia, także innych okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty SZYBICKI Sprzęt i Zabudowa Pojazdów

Specjalistycznych Waldemar Szybicki niż wskazane w odwołaniu, które wpłynęło w dniu 19.09.2011 r. (wyjaśnienia z dnia 16.08.2011 r. wraz z załącznikiem oświadczeniem producenta firmy SPERIAN, protokół Komisji Przetargowej z dnia 19.08.2011 r., pisma skierowane przez Zamawiającego do Komendy Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w Gdyni oraz producenta MSA Safety Sp. z o.o. - oba z dnia 31.08.2011 r., jak i uzyskane odpowiedzi – oba także z dnia 12.09.2011 r.).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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). Izba uznała wniosek Odwołujący o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....