

Sygn. akt: KIO 160/13

POSTANOWIENIE
z dnia 5 luty 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 5 luty 2013r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2013 r. przez **odwołującego:** Aero-Medika Sp. z o.o. ul. Kopernika 36/40; 00-924 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Kujawsko-Pomorskie Centrum Pulmonologii w Bydgoszczy ul. Seminaryjna 1; 85-326 Bydgoszcz

postanawia:

1. odrzucić odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Aero-Medika Sp. z o.o. ul. Kopernika 36/40; 00-924 Warszawa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 **zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset) uiszczoną przez Aero-Medika Sp. z o.o. ul. Kopernika 36/40; 00-924 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 stycznia 2013r. pod poz.11441-2013 w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Zamawiający w dniu 21 stycznia 2013r. opublikował ogłoszenie o zamówieniu wraz ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) na stronie internetowej WWW.kpcp.pl.

Zamówieniu nadano nazwę: „Dzierżawa urządzeń do tlenoterapii”.

Przedmiotem zamówienia jest dzierżawa urządzeń do tlenoterapii to jest Koncentratorów tlenu i Systemu tlenu ciekłego.

Pismem z dnia 24 stycznia 2013r. odwołujący wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegających na niezgodnym z przepisami ustawy sformułowaniem ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ. Odwołujący sformułował zarzuty naruszenia art.7 oraz art.29 ust.2 ustawy PZP poprzez wprowadzenie parametrów granicznych przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający odwołującemu złożenie oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu, w sposób niekonkurencyjny, faworyzujący jednego z wykonawców i nieproporcjonalny do istoty przedmiotu zamówienia, jak również wskazujący zbyt rygorystyczne zbędne i nieuzasadnione wymagania techniczne, które nie mają związku z jakością czy funkcjonalnością przedmiotu zamówienia, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w tym realne ograniczenie w dostępie do zamówienia, naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący sformułował żądania przez nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień ogłoszenia i SIWZ w zakresie parametrów technicznych dla oferowanych koncentratorów tlenu, dla oferowanego systemu tlenu ciekłego jednostki głównej, dla oferowanego systemu tlenu ciekłego jednostki przenośnej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano na wadliwie opisane parametry techniczne faworyzujące jednego z potencjalnych oferentów, poprzez ustalenie parametrów jako „żywej” kopii zapisów instrukcji obsługi opisanego urządzenia. Ponadto zamawiający zawarł warunek konieczny, iż wykonawca musi być jednocześnie dostawcą koncentratorów jak i gazów medycznych (ciekłego tlenu).

Od odwołania uiszczono wpis w kwocie 7.500,00zł.

W dniu 1 lutego 2013r. zamawiający wniósł faksem pismo (odpowiedź zamawiającego na odwołanie), w którym zwrócił się o odrzucenie odwołania na podstawie art.189 ust.2 pkt 6 ustawy PZP na posiedzeniu niejawnym - zgodnie z art. 189 ust.3 ustawy PZP w związku z § 13 ust.2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. z 2010r. Nr 48, poz. 280) z powodu wystąpienia negatywnych przesłanek procesowych, uniemożliwiających rozpoznanie odwołania co do meritum.

Z dokumentu SIWZ wynika, że zamawiający ogłasza przetarg nieograniczony na przedmiotowe zamówienie o wartości szacunkowej mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. (j.t. 2010r. Dz. U. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą PZP”.

Pismem z dnia 29 stycznia 2013r. zamawiający na wezwanie Krajowej Izby Odwoławczej poinformował, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11.ust.8 ustawy PZP.

Z treści pkt 24 pn. Informacja o ośrodkach ochrony prawnej ppkt 24.3 SIWZ wynika, że odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 2) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 3) odrzucenie oferty odwołującego.

W tak ustalonym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie zasługuje na odrzucenie z uwagi na to, że co do opisu przedmiotu zamówienia w zamówieniach tzw. podprogowych nie przysługuje odwołanie a co reguluje art. 180 ust.2 ustawy PZP. Przepis ten wytycza zakres odwołań w zamówieniach podprogowych precyzując je do zarzutów opartych co do sposobu wyboru prowadzenia postępowania to jest w zakresie zamówienia z wolnej ręki, negocjacji bez ogłoszenia, zapytania o cenę, sposobu opisu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu czyli warunki podmiotowe oraz czynność odrzucenia oferty odwołującego czy wykluczenia odwołującego z postępowania. Żadna z okoliczności powyżej wymienionych nie wystąpiła i w związku z tym nie została zaskarżona przedmiotowym odwołaniem a które to odwołanie dotyczy opisu przedmiotu zamówienia i wnioskowane z tym naruszenie art. 29 ust.2 ustawy PZP oraz art. 7 ust.1 i 3 ustawy PZP.

Wobec powyższej przedstawionego zakresu odwołania oraz regulacji prawnej powyżej opisanej w art. 180 ust.2 ustawy PZP, Izba zobowiązana jest do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pot 6 ustawy PZP, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli

stwierdzi, że nie dotyczy czynności wynikających z art. 180 ust.2 ustawy PZP a dotyczy innych czynności.

Izba badając dokumentację przetargową stwierdziła, iż zamawiający pouczył w SIWZ o tym, iż w przedmiotowym postępowaniu jest możliwe tylko zaskarżenie wymienionych w SIWZ okoliczności, które wymieniono szczegółowo (pkt 24 ppkt 24.3 SIWZ) to jest opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykluczenie odwołującego z postępowania lub odrzucenie jego oferty. Nie wymieniono okoliczności trybu prowadzonego postępowania, ponieważ jak wyżej opisano postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Niemniej Izba stwierdziła, że poniżej w tym punkcie 24 (ppkt 24.7) SIWZ przewidziano jednak możliwość zaskarżenia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. Taka regulacja w ocenie Izby jest wewnątrznie sprzeczna wobec stwierdzenia powyżej w tym punkcie (ppkt 24.3 SIWZ), że tylko i wyłącznie można zaskarżyć wymienione czynności zamawiającego to jest opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, odrzucenie oferty odwołującego oraz wykluczenie odwołującego. Izba w tym miejscu stwierdza, że odwołujący jest profesjonalistą, który nie pierwszy raz składa odwołanie. Niemniej nawet gdyby odwołujący po raz pierwszy składał odwołanie to nie zwalnia odwołującego od skutków zapisanych w ustawie to jest w art. 180 ust. 2 w związku z art. 189 ust.2 pkt 6 ustawy PZP. Są to przepisy rangi ustawowej o charakterze bezwzględnie obowiązującym i Izba nawet w przypadku błędnego pouczenia w SIWZ zobowiązana jest stosować przepisy ustawowe. W powyższym stanie faktycznym i prawnym Izba odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, na co zezwala art. 198 ust.3 ustawy PZP.

W świetle powyższego Izba orzekła jak w sentencji postanowienia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 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) zaliczając na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 7.500,00 zł. uiszczony przez odwołującego

Przewodniczący: