

Sygn. akt KIO 1375/10

POSTANOWIENIE
z dnia 8 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron dnia 8 lipca 2010 r. w Warszawie, odwołania wniesionego dnia 1 lipca 2010 r. przez **STARPOL BIUROSERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Puławach, ul. Kołłątaja 100, 24-100 Puławy**, od czynności Zamawiającego, którym jest **Gmina Nadarzyn, ul. Mszczonowska 19, 05-830 Nadarzyn**

orzeka:

- 1. odrzuca odwołanie,**
- kosztami postępowania obciąża **STARPOL BIUROSERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Puławach, ul. Kołłątaja 100, 24-100 Puławy** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **STARPOL BIUROSERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Puławach, ul. Kołłątaja 100, 24-100 Puławy** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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:

.....

U z a s a d n i e

do postanowienia z dnia 8 lipca 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1375/10

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po dniu 29 stycznia 2010 r., to jest po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym. Jednocześnie Izba ustaliła, że na podstawie art. 7 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w zw. z § 7 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) i § 38 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280), do przedmiotowego odwołania mają zastosowanie przepisy wymienionych powyżej rozporządzeń.

Nadto Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w postępowaniu o wartości szacunkowej powyżej 193.000 EURO na dostawę i montaż (z transportem) mebli dla Urzędu Gminy w Nadarzynie (sygn. 1.341-10/2010), postępowanie z możliwością składania ofert częściowych - trzy części – wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 69-103511 w dniu 09.04.2010 r.

Zamawiający w dniu 18.06.2010 r. przekazał faxem zawiadomienie o unieważnieniu Część 1: wykonanie zgodnie z projektem, dostawa i montaż mebli jasnych wymienionych w załączniku nr 1a; mebli ciemnych wymienionych w załączniku nr 1 b i mebli fornirowanych wymienionych w załączniku nr 1 c do oferty, jak również Część 3: wykonanie zgodnie z projektem, dostawa i montaż mebli biurowych wymienionych w załączniku nr 1 c do oferty, 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) zwanej dalej: „Pzp”, ponieważ *„postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”*. Wskazał, że wada postępowania polega na niewłaściwym sporządzeniu wymagań i opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w opracowanej przez Zamawiającego specyfikacji mebli. Dokument ten zawiera wymóg załączenia do oferty szeregu dokumentów, które nie zostały wymienione ani w SIWZ, ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ponieważ nie skonstruowano w tym zakresie żadnego warunku przedmiotowego, ani podmiotowego, których potwierdzenie by stanowiły. Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp *zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowaniu, które mają*

potwierdzać spełnianie (...) 2) przez oferowane dostawy (...) wymagań określonych przez zamawiającego", które: „zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Ponadto na podstawie § 5 ust. 1 pkt 3, 4, 5 i ust.2 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) zwanego dalej: „Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów”, Zamawiający nie może ograniczać zaświadczenia do konkretnego rodzaju np. certyfikat ISO 9001:2000, nie dopuszczając innych alternatywnych form, dokumentów równoważnych, ponieważ stanowi to naruszenie fundamentalnej zasady prowadzenia postępowania wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Poza tym, Certyfikat ten poświadcza tylko, że w danej firmie został wdrożony i jest utrzymywany system zarządzania jakością wg normy ISO 9001:2000 i wcale nie poświadcza, że wyrób tej firmy ma wysoką jakość. System ten powinien oddziaływać na wyrób w ten sposób, że dąży się do stałego podwyższania jego jakości poprzez wyspecyfikowywanie wymagań klienta i dążenie do zmniejszenia reklamacji z tytułu wad wyrobu, ale nie jest znakiem Q wyrobu.

STARPOL BIUROSERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Puławach, ul. Kołłątaja 100, 24-100 Puławy zwany dalej: „STARPOL BIUROSERWIS Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” wniósł odwołanie na czynność unieważnienia części I i III wskazanego wyżej postępowania, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zwanego dalej: „Prezes KIO” dnia 01.07.2010 r. (prezentata na piśmie). Pismo zawierające odwołanie zostało nadane listem poleconym w placówce operatora publicznego dnia 28.06.2010 r. (stempel na kopercie placówki pocztowej operatora publicznego). Odwołanie podpisał adwokat Krzysztof Sokołowski na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22.06.2010 r. podpisanego z kolei przez Prezesa Zarządu Marka Kliczkowskiego, ujawnionego w KRS i umocowanego do samodzielnej reprezentacji zgodnie z KRS-em załączonym do odwołania. Wpis uiszczono 24.06.2010 r. (dowód uiszczenia wpisu). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu faxem w dniu 28.06.2010 r. (zgodnie z informacją na załączonym dowodzie przesłania kopii odwołania). Zarzucił:

- 1) naruszenie art. 93 ust.1 pkt 7 ust. 1 w zw. z art. 25 ust.1 *in fine* Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie czynności unieważnienia postępowania w oparciu o przekonanie, że pomiędzy SIWZ a „specyfikacją mebli” istnieje sprzeczność, zaś w SIWZ nie wymieniono dokumentów, które należy złożyć w postępowaniu, podczas gdy zgodnie z SIWZ i umieszczoną w niej na stronie 1. tabelą oraz pkt III.9 SIWZ „specyfikacja mebli” stanowi integralną część SIWZ będącą jej załącznikiem Nr 6 i tym samym dostatecznie określono w SIWZ wymagania dotyczące złożenia określonych dokumentów, które są wymaganiami przetargowymi;
- 2) naruszenie art. 93 ust.1 pkt 7 ust.1 Pzp w zw. z § 5 ust. 2 i ust. 3 w zw. z ust. 1 pkt 1-4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów poprzez:

- a) jego błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, że wskazanie w SIWZ normy europejskiej (*in concreto* ISO 9001:2000) uniemożliwia Wykonawcy składanie równoważnych zaświadczeń o spełnianiu norm, jakości względnie, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom, podczas gdy z przywołanej normy § 5 ust. 2 i 3 rozporządzenia jasno i wyraźnie wynika, że Wykonawca ma prawo składać zaświadczenia równoważne normom europejskim, a przy tym żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie posługiwał się i nie posługuje inną niż ISO normą.
- b) jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że istnieje wada uniemożliwiająca zawarcie umowy gdyż norma ISO 9001:2000 potwierdza, że producent stosuje certyfikowany system, a nie sam wyrób jest certyfikowany, podczas gdy fakt, iż w ten sposób dokonuje się jedynie sprawdzenia wiarygodności producenta, a nie produktu nie jest wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy, lecz jest jedynie przyjęciem przez Zamawiającego określonego modelu weryfikacji jakości oferty wykonawców poprzez badanie przez Zamawiającego jakości producenta, a nie wprost jakości produktu.

Wnosił o dopuszczenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu. Wnosił o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika według norm prawem przewidzianych.

Odnosząc się do czynności Zamawiającego wskazał, że jego stanowisko jest oczywiście błędne. Na stronie 1. SIWZ w zamieszczonej tam na początku tabeli określono, że *specyfikacja niniejsza zawiera (Nazwa części SIWZ) m.in. Opis przedmiotu zamówienia: projekt wnętrza budynku Urzędu Gminy w Nadarzynie i specyfikację mebli jako część SIWZ stanowiącą Zał. Nr 6.* Tak też w zamieszczonej w SIWZ Instrukcji dla Wykonawców w pkt III.9.2) wskazano, że *szczegółowy opis zamówienia zawarty jest w załącznikach do niniejszej specyfikacji, w szczególności specyfikacji jakościowej mebli.* Tak więc z treści SIWZ jasno i wyraźnie wynika, że „specyfikacja mebli” stanowi integralną część SIWZ. Podobnie z ogłoszenia o zamówieniu z dnia 7.04.2010 r., na jego stronie 4. [pkt 11.1.5)] jasno wynika, że „specyfikacja mebli” stanowi załącznik do SIWZ i współtworzy szczegółowy opis zamówienia. Nie jest w konsekwencji zasadnym stanowisko Zamawiającego, że wymagane przez Zamawiającego w „specyfikacji mebli” dokumenty nie zostały wymienione w SIWZ.

Dowód: - kopia SIWZ; - kopia oferty wykonawcy STARPOL BIUROSERWIS sp. z o.o. z dnia 31.05.2010 r.; - kopia zbiorczego zestawienia ofert (DRUK ZP-12) z dnia 1.06.2010 r.;

- kopia ogłoszenia o zamówieniu; - kopia zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 18.06.2010 r.;

W zakresie uzasadnienia zawiadomienia Zamawiającego o unieważnieniu postępowania z uwagi na wskazanie preferowanego posiadania przez producentów mebli (nie oferentów) certyfikatu ISO 9001:2000 zauważył, że nie jest on niezgodny z Pzp, i z tego również powodu żaden z oferentów nie zaskarżył tegoż postanowienia w ramach środków zaskarżenia postanowień SIWZ, a wszyscy biorący udział w postępowaniu posługiwali się certyfikatami ISO. Zamawiający bezpodstawnie przyjął też, że istnieje wada uniemożliwiająca zawarcie umowy, gdyż norma ISO potwierdza, że producent stosuje certyfikowany system, a nie sam wyrób jest certyfikowany. Sam fakt, iż w ten sposób dokonuje się jedynie sprawdzenia wiarygodności producenta, a nie produktu nie jest wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy, lecz jest jedynie przyjęciem przez Zamawiającego określonego modelu weryfikacji jakości oferty wykonawców poprzez badanie przez Zamawiającego jakości producenta, a nie wprost jakości produktu. Takie rozwiązanie nie jest zakazane przepisami prawa. Trzeba nadto zwrócić uwagę na fakt, że zgodnie z normą ISO 9001:2000 (ENISO9001) - systemy zarządzania jakością - wymagania, na str. 4 wskazują, że: „wymagania dotyczące systemu zarządzania jakością obok zapewnienia jakości wyrobu mają dodatkowo na celu zwiększenie zadowolenia klienta”. Certyfikacja zarządzania jakością wpływa więc na samą jakość wyrobu (oferowanych produktów lub usług). Uznał za błędne także stanowisko Zamawiającego, w którym wskazanie normy ISO 9001:2000 jako pożądanej, miałyby stanowić naruszenie § 5 ust.1 pkt 3-5 i ust. 2 i ust.3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Wskazał, że norma ISO 9001:2000 jest normą europejską. Zgodnie z § 5 ust.1 rozporządzenia: „w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności:

- 1) próbek, opisów lub fotografii;
- 2) opisu urządzeń technicznych, instrukcji obsługi oraz środków stosowanych przez wykonawcę dostaw lub usług [...] w celu potwierdzenia zapewnienia odpowiedniej jakości realizowanego zamówienia;
- 3) zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;
- 4) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich; (...).”

Natomiast zgodnie z powszechnie obowiązującym § 5 ust. 2 i 3 rozporządzenia, a więc stosowanym bezpośrednio bez względu na postanowienia SIWZ, Wykonawca może zamiast zaświadczeń, o których mowa w ust 1 pkt 3-5, złożyć równoważne zaświadczenia wystawione przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego

Obszaru Gospodarczego, a także może złożyć inne dokumenty potwierdzające odpowiednie stosowanie przez wykonawców równoważnych środków zapewnienia jakości. Tak więc zapewniona była możliwość złożenia innych równoważnych norm lub certyfikatów i nie uległa zachwianiu zasada równego traktowania oferentów i uczciwej konkurencji, o której mowa w art.7 ust.1 Pzp. Dowód: - kopia fragm. normy europejskiej ENISO9001 (ISO 9001:2000); - kopia SIWZ; - kopia projektu wnętrza budynku UG w Nadarzynie - zestawienie mebli oraz specyfikacja jakościowa (zał. Nr 6 do SIWZ).

Zamawiający do chwili otwarcia posiedzenia nie udzielił odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła, że do Prezesa KIO w trzydniowym terminie, tj. do 02.07.2010 r., żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 Pzp). Zgodnie z informacją uzyskaną z akt sprawy odwoławczej, Zamawiający zawiadomienie o złożeniu odwołania przesłał uczestnikom postępowania w dniu 29.06.2010 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba z urzędu na posiedzeniu niejawnym dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę nieprzekraczającą wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Zgodnie z „Prawem Zamówień Publicznych po zmianach z 2009 r.” pod redakcją J. Sadowego, UZP W-wa 2010 r., str. 63: „1. W przypadku, gdy zamawiający poinformował wykonawców (uczestników konkursu) o czynności podjętej lub zaniechanej, termin do wniesienia odwołania zależy od wartości zamówienia oraz od sposobu przesłania wykonawcom informacji o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania, i wynosi:

1) gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne:

a) 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego w sposób określony w art. 27 ust.2 ustawy Pzp – tzn. drogą elektroniczną lub faxem

b) 15 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego w inny sposób niż drogą elektroniczną lub faksem (...).”

Zgodnie z treścią odwołania oraz załącznikiem do niego, tj. zawiadomieniem o unieważnieniu przez Zamawiającego części I i III przedmiotowego postępowania przetargowego (pismo z dnia 18.06.2010 r.), niniejsze pismo zostało Odwołującemu skutecznie przekazane, a tym samym został Odwołujący poinformowany o czynności Zamawiającego faxem w dniu 18.06.2010 r. W konsekwencji termin na wniesienie odwołania upłynął dnia 28.06.2010 r.

W rezultacie powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO w dniu 01.07.2010 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Izba wskazuje, że po nowelizacji Pzp dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi KIO w terminie przewidzianym w Pzp. W przepisach Pzp po jej nowelizacji brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa KIO. Przepisy Pzp w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji wyraźnie stanowiły, że: *„złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu”* (art. 184 ust. 2 zd. drugie Pzp). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie *„wniesienia odwołania”* z jego doręczeniem. Z kolei dotrzymanie terminu wniesienia skargi na orzeczenie Izby przez złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego zostało wyraźnie w Pzp przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie Pzp), co prowadzi do wniosku, że ustawodawca zdawał sobie sprawę z konsekwencji takiej regulacji.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 01.07.2010 r. (doręczenie), a nie 28.06.2010 r. (data stempla pocztowego), jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. (podobnie postanowienie KIO z dnia 18.05.2010 r., sygn. akt: KIO 799/10, czy też postanowienie KIO z dnia 8.06.2010 r., sygn. akt: KIO 989/10).

Niezależnie od powyższego Izba stwierdza, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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).

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. pierwsze Pzp oraz § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....