

Sygn. akt: KIO/UZP 624/09

WYROK
z dnia 25 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Marzena Teresa Ordysińska
Członkowie:	Jolanta Markowska
	Agata Mikołajczyk
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Tomasza Cicheckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ROTO-POL Tomasz Cichecki, 95-070 Aleksandrów Łódzki, Wola Grzymkowska 25a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Włocławek, 87-800 Włocławek, 87-800 Włocławek, ul. Królewiecka 7** protestu z dnia 22 kwietnia 2009 r.

orzeka:

1. Oddała odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Tomasz Cicheckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ROTO-POL Tomasz Cichecki, 95-070 Aleksandrów Łódzki, Wola Grzymkowska 25a

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Tomasza Cicheckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ROTO-POL Tomasz Cichecki, 95-070 Aleksandrów Łódzki, Wola Grzymkowska 25a,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 322 zł 00 gr (słownie: trzysta dwadzieścia dwa złote zero groszy) przez **Tomasza Cicheckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ROTO-POL Tomasz Cichecki, 95-070 Aleksandrów Łódzki, Wola Grzymkowska 25a** na rzecz **Gminy Włocławek, 87-800 Włocławek, 87-800 Włocławek, ul. Królewiecka 7** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie Izby,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 2 926 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Tomasza Cicheckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ROTO-POL Tomasz Cichecki, 95-070 Aleksandrów Łódzki, Wola Grzymkowska 25a.**

U z a s a d n i e

I. W dniu 25.03.2009 r. Gmina Włocławek, ul. Królewiecka 7, 87-800 Włocławek (zwana dalej Zamawiającym), ogłosiła postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na "Dostawę urządzeń i materiałów do budowy przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Włocławek". Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 80 337,21 euro.

W dniu 16.04.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyniku postępowania.

W dniu 22.04.2009 r. na powyższą czynność Zamawiającego złożył protest Tomasz Cichecki, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „ROTO-POL” Tomasz Cichecki, Wola Grzymkowska 25a, 95-070 Aleksandrów Łódzki (dalej: Odwołujący), którego oferta została przez Zamawiającego odrzucona jako niezgodna ze SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie, co Odwołujący zgodnie z art. 183 ust. 3 Prawa zamówień publicznych uznał za jego oddalenie i w konsekwencji w dniu 7.05.2009 r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej

operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów (co podtrzymał również później w odwołaniu):

- 1) art. 7 Prawa zamówień publicznych poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i utrudnianie dostępu do rynku,
- 2) art. 2 pkt.7 Prawa zamówień publicznych przez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż oferta Wykonawcy jest ofertą wariantową,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ).

Odwołujący wskazał, że podstawą odrzucenia oferty było stwierdzenie, że jej treść nie odpowiada treści pkt.III.3 SIWZ, w którym Zamawiający bardzo szczegółowo określił, z czego i jaką metodą mają być wykonane osadniki oraz jakie mają spełniać warunki, podkreślając, iż "powinny spełniać normę PN-EN12566-1".

Odwołujący również wskazał, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego poinformował, że zgodnie z pkt. VI SIWZ nie dopuszczał składania ofert wariantowych, co sugeruje, że oferta Wykonawcy została potraktowana jako wariantowa.

W pkt III.3 SIWZ Zamawiający określił również, iż te osadniki mają być wytwarzane metodą "rozdmuchu", i wymogu tego nie zmienił, mimo iż w trakcie składania pytań do SIWZ został poinformowany, że osadniki wytwarzane metodą rozdmuchu produkuje w Polsce tylko jeden producent.

Według Odwołującego, Zamawiający winien był wystąpić do Instytutu Ochrony Środowiska udzielającego aprobat technicznych, w celu sprawdzenia tej informacji – jednak tego nie uczynił, wobec czego z takim pytaniem zwrócił się sam Odwołujący, i otrzymał odpowiedź (pismo z dnia 20.04.2009 r., z której jednoznacznie wynika, że jedynym producentem osadników metodą rozdmuchu jest Sotralenz Sp. z o.o.).

Odwołujący podniósł, że osadniki oferowane przez niego posiadają aktualne, obowiązujące w Polsce certyfikaty, które zostały załączone do oferty i wskazał, że poza sposobem ich wytwarzania, którego określenie – w ocenie Odwołującego - w przedstawionym stanie faktycznym i prawnym nie powinno mieć miejsca, niczym nie różnią się od osadników wytwarzanych metodą rozdmuchu.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonanie ponownej oceny ofert wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Wartość zamówienia oszacowano poniżej tzw. progów unijnych, jednak zarzuty protestu mieszczą się w dyspozycji art. 184 ust. 1a pkt 4 Prawa zamówień publicznych (dotyczą odrzucenia oferty Odwołującego). Protest, wbrew stanowisku Zamawiającego, został złożony w terminie – Wykonawca kwestionuje w nim podstawy odrzucenia swojej oferty, w związku z czym uzasadnienie zarzutów podnoszonych przez Odwołującego musiało być zbadane przez Izbę na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba z urzędu bada interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, którego istnienie decyduje o legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej. Skład orzekający ustalił, że oferta Odwołującego była druga w rankingu ofert (jedynym kryterium oceny ofert była cena), za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę najtańszą spośród czterech złożonych w postępowaniu (tylko oferta Odwołującego została odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ). Dla rozstrzygnięcia o istnieniu interesu prawnego Odwołującego nie ma znaczenia fakt, że Zamawiający w dn. 11.05.2009 r. unieważnił postępowanie, ponieważ z oświadczeń stron złożonych na rozprawie wynikało, że czynność ta nie jest jeszcze ostateczna.

Wobec powyżej opisanych okoliczności Izba uznała, że Odwołujący nie ma interesu prawnego do wniesienia odwołania – ponieważ nawet w wypadku, gdyby podnoszone przez niego zarzuty zostały uwzględnione, nie miałyby szansy na uzyskanie zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego (zgodnie z informacją o wyniku postępowania Zamawiający zamierzał powierzyć wykonanie zamówienia wykonawcy, który złożył najtańszą ofertę, a oferta Odwołującego była droższa).

Niemniej jednak skład orzekający postanowił ustosunkować się do podnoszonych przez Odwołującego zarzutów.

Ustalono następujący stan faktyczny:

1. W pkt III.3 SIWZ Zamawiający określił, że osadniki będące przedmiotem zamówienia mają być wytwarzane metodą "rozdmuchu" i powinny spełniać normę PN-EN12566-1.
2. Zgodnie z pkt. VI SIWZ Zamawiający nie dopuszczał składania ofert wariantowych.

3. Niesporny jest fakt, że Odwołujący zaoferował osadniki produkowane za pomocą innej metody, niż wskazana w SIWZ.

Odwołujący kwestionował odrzucenie swojej oferty wskazując, że takie osadniki, jak opisane w SIWZ, są wytwarzane tylko przez jednego producenta, poza tym metoda wytwarzania osadników nie ma znaczenia (dla ich funkcjonalności).

Po przeanalizowaniu takiego uzasadnienia podnoszonych zarzutów (nieprawidłowego odrzucenia oferty), skład orzekający stwierdził, że Zamawiający odrzucając ofertę, uczynił to zgodnie z wymogami przewidzianymi wcześniej w SIWZ, a Odwołujący w istocie nie tyle kwestionuje decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty, co postanowienia SIWZ.

Okoliczności przywołane w uzasadnieniu odwołania, związane z pytaniem do treści SIWZ - sugerującym fakt, że osadniki wymagane przez Zamawiającego produkowane są tylko przez jednego producenta - nie mogą być przedmiotem badania przez Izbę (zastrzeżenia do SIWZ powinny być zgłoszone w odpowiednim terminie), znaczenie dla rozstrzygnięcia ma tylko fakt, że wymóg ten nie został skutecznie zakwestionowany (nie złożono protestu w tym zakresie).

Zatem, skoro Zamawiający wymagał osadników wytwarzanych metodą rozdmuchu, a Odwołujący zaoferował osadniki wytwarzane inną metodą – Zamawiający postąpił prawidłowo, odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, tj. jako niezgodną z SIWZ, w konsekwencji nie doszło również do naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 2 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, oferta przewidująca inny, niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia, jest ofertą wariantową. Jednak okoliczność, czy oferta złożona przez Odwołującego może zostać uznana za ofertę wariantową, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, bowiem niesporne jest, że Zamawiający nie dopuszczał składania ofert wariantowych. W związku z powyższym nie można stwierdzić, że doszło do naruszenia art. 2 pkt 7 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący, w celu wykazania, że jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ mógłby starać się wykazać, że zaproponował rozwiązania równoważne – jednak Odwołujący nie argumentował, że proponowane rozwiązania są równoważne. Jego argumentacja skupiała się wokół naruszenia zasady uczciwej konkurencji – nawet, kiedy uzasadniał swój interes prawny na rozprawie, podnosił, że „jego oferta powinna być przywrócona do postępowania, a najtańsza oferta (...) odrzucona jako naruszająca zasadę uczciwej konkurencji, ponieważ oferuje produkty produkowane przez tylko jednego producenta”. Zatem ostatecznie Odwołujący nie podważał okoliczności, że zaoferował Zamawiającemu inne osadniki, niż Zamawiający oczekiwał. Na marginesie należy również zauważyć, że sam fakt zaoferowania

produktów wytwarzanych tylko przez jedną firmą w ofercie konkurencyjnej wobec oferty Odwołującego, nie może być przyczyną jej odrzucenia.

Odwołujący wskazywał również w uzasadnieniu odwołania, że działanie Zamawiającego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Skład orzekający zwraca uwagę, że Zamawiający nie konkuruje z wykonawcami (w tym – z Odwołującym), dlatego jego działania nie można zakwalifikować w taki sposób. Należy jednak zauważyć, że w postępowaniu ewentualnie mogło dojść do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, lecz mogło to mieć miejsce na etapie przygotowania SIWZ, przy określeniu wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia. Etap ten nie może być jednak w chwili obecnej badany przez Izbę – minął termin na złożenie środków ochrony prawnej w związku z postanowieniami SIWZ, a Izba od 24.10.2008 r. utraciła prawo do unieważnienia postępowania z urzędu.

Na marginesie należy zauważyć, że jeżeli potrzeba Zamawiającego jest zobiektywizowana (a przydatność dla Zamawiającego osadników wytwarzanych metodą rozdmuchu nie była przedmiotem badania Izby, bowiem nie miało to znaczenia dla rozstrzygnięcia podnoszonych przez Odwołującego zarzutów), może on tak opisać przedmiot zamówienia, że jest w stanie zadośćuczynić mu tylko jeden wykonawca – w takim wypadku celem nie jest preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez Zamawiającego świadczenia odpowiadającego jego potrzebom, a „ustawodawca postawił zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes” (wyrok ZA z 4 kwietnia 2003 r., sygn. akt UZP/ZO/0-348/03, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów, A. Kurowska, Warszawa 2006, s. 80). W takim przypadku Zamawiający winien jednak dopuścić możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych. Najpóźniej na etapie zadawania pytań do SIWZ Odwołujący powinien wyjaśnić (skoro Zamawiający sam nie wskazał parametrów decydujących o równoważności), czy Zamawiający uzna osadniki przez niego oferowane za równoważne do opisanych w SIWZ.

Reasumując, skład orzekający nie znalazł podstaw do uwzględnienia odwołania, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła kosztów zastępstwa prawnego Zamawiającego z uwagi na fakt, iż nie przedłożył on do akt sprawy odpowiednich rachunków, wymaganych zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r.

w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886), uwzględniono koszty dojazdu Zamawiającego na rozprawę w kwocie 322 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....