

Sygn. akt: KIO/UZP 1430/09

WYROK
z dnia 20 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Izabela Kuciak

Emil Kuriata

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **P.P.H.U. "BOGMAR" Bogusława Jolanta Bryczek Import – Export, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Sobieskiego 160** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Minister Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, 00-911 Warszawa, ul. Nowowiejska 26A** protestu z dnia 31 sierpnia 2009 r., wniesionego przez **GALASKÓR Sp. z o.o., 48-300 Nysa, ul. Prudnicka 26**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża P.P.H.U. "BOGMAR" Bogusława Jolanta Bryczek Import – Export, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Sobieskiego 160

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **P.P.H.U. "BOGMAR" Bogusława Jolanta Bryczek Import – Export, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Sobieskiego 160,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **P.P.H.U. "BOGMAR" Bogusława Jolanta Bryczek Import – Export, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Sobieskiego 160.**

U z a s a d n i e n i e

POSTĘPOWANIE

Zamawiający, Agencja Mienia Wojskowego w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę przedmiotów zaopatrzenia mundurowego w 2009 r. (postępowanie w dziewięciu częściach). Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

W dniu 28.08.2009 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszych ofert w postępowaniu, w części nr 2 zamówienia była to oferta EUROFAREX Fabryka Rękawiczek i Odzieży Henryk Gliwa z Głuchołaz (dalej „EUROFAREX”). Kolejno, ofertami, które uzyskały najwyższą ocenę punktową w ww. części zamówienia zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz” lub „specyfikacja”) były oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno -Handlowo -Usługowego "BOGMAR" Bogusława Jolanta Bryczek Import-Export z Bielska-Białej (dalej „BOGMAR”) oraz Galaskór Sp. z o.o.

PROTEST GALASKÓR SP. Z O.O.

W dniu 31.08.2009 r. wykonawca Galaskór Sp. z o.o. z Nysy wniósł protest wobec ww. czynności domagając się odrzucenia oferty wybranej oraz zarzuciła zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 Pzp.

Protestujący jako wady oferty EUROFAREX, które zakwalifikował jako niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz) w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, wskazał:

1. brak przedłożenia aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej (zaświadczenie wystawione wcześniej niż na 6 m-cy przed terminem

składania ofert i w tym terminie tylko potwierdzone przez ręczną adnotację o jego aktualności),

2. niewykazanie się przez wybranego wykonawcę doświadczeniem w dostawach rękawic o wymaganej w siwz wartości (należyte wykonanie dostawy rękawic przeciwuderzeniowych z membraną paraprzepuszczalną za kwotę 971 188,32 zł zostało potwierdzone przez firmę Holsters z Kielc, współkonsorcjanta EUROFAREX, a nie przez zamawiającego, którym w tym przypadku była Komenda Główna Policji. Ponadto nawet jeżeli referencje takie wystawiłaby KGP, to na wybranego wykonawcę przypadłoby wartościowo jedynie połowa dostaw, co nie wystarczyłoby do wykazania się zakresem doświadczenia wymaganego w siwz),
3. brak opłaty skarbowej od zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami, co podważa ważność złożonego zaświadczenia (zarzut nie objęty odwołaniem).

W dniu 01.09.2009 r. zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu kopię protestu i wezwał ich do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

PRZYSTĄPIENIE BOGMAR

W dniu 03.09.2009 r. Przedsiębiorstwo Produkcyjno -Handlowo -Usługowe "BOGMAR" Bogusława Jolanta Bryczek Import-Export z Bielska-Białej przystąpiła do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Przystępująca wskazała na swój interes prawny w uwzględnieniu protestu w związku ze swoją pozycją w rankingu ocenionych ofert (drugie miejsce).

W przystąpieniu powołano się m.in. te same okoliczności i zarzuty odnośnie oferty wybranej zawarte w proteście. Przystępująca podniosła, iż w przedłożonym przez EUROFAREX zaświadczeniu o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej aktualizującej adnotacji dokonał nie będący organem urzędnik, a nie uprawniony do tego organ administracji – w tym przypadku Burmistrz Wlenia. W ślad za protestem wskazała również odnośnie potwierdzenia wykonania dostawy 6150 par rękawic przeciwuderzeniowych, iż referencje w tym przypadku powinny zostać wystawione przez będącą odbiorcą rękawic Komendę Główną Policji, a nie przez jednego z współkonsorcjantów realizujących zamówienie na rzecz KGP.

Przystępująca dokonała odmiennej kwalifikacji prawnej podniesionych okoliczności niż w proteście, tj. wskazała, iż wybrany wykonawca powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy jako składający nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 26 ust. 3 ustawy.

Przystępująca podniosła dodatkowo odnośnie dostawy rękawic dla KGP, którą wykazywał się wybrany wykonawca, iż zgodnie z siwz w przypadku rękawic przeciwuderzeniowych należało wykazać jedynie wartość wkładu rękawic wykonanego z dzianiny. Natomiast EUROFAREX wykazała wartość całej dostawy rękawic, przy czym rękawice te są rękawicami wielowarstwowymi, natomiast wkład z dzianiny stanowi tylko jedną warstwę i tym samym należało wykazać wartość tej części dostawy.

PRZYSTĄPIENIE EUROFAREX

W dniu 03.09.2009 r. EUROFAREX zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i wniósł o jego oddalenie.

Przystępujący podniósł, iż aktualność zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej została potwierdzona zgodnie z wymogami art. 217 i n. Kpa przez uprawniony organ i został uzupełniony we właściwej formie zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp.

Według przystępującego HOLSTERS HPE był zgodnie z zasadami prawa cywilnego, podatkowego i gospodarczego odbiorcą rękawic i tym samym był uprawniony do wystawienia referencji ich wykonawcy. Ponadto zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą poszczególni członkowie konsorcjum mogą wykazywać się całością nabytego przez konsorcjum doświadczenia.

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 14.09.2009 r. zamawiający rozstrzygnął protest Galaskór Sp. z o.o. oddalając go w całości ze względu na brak interesu prawnego i związanej z powyższym możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej po stronie protestującego. Biorąc pod uwagę, iż zaistnienie uszczerbku w interesie prawnym łączy się z utratą możliwości uzyskania zamówienia oraz fakt, iż sposób korzystania przez protestującego ze środków ochrony prawnej nie zabezpiecza możliwości uzyskania przez niego zamówienia (wykonawca nie oprotestował pozostawania w postępowaniu oferty z drugiego miejsca rankingu punktowego) należy stwierdzić, iż interesu prawnego nie posiada.

Ponadto zamawiający stwierdził, że przystąpienie do postępowania protestacyjnego Przedsiębiorstwa Produkcyjno -Handlowo -Usługowego „BOGMAR” Bogusława Jolanta Bryczek Import-Export jest nieskuteczne. Zgodnie z art. 181 ust. 5 ustawy wykonawca zgłasza przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i żądania w zakresie zarzutów zawartych w proteście. Natomiast BOGMAR w swoim przystąpieniu, powołując się na ww. przepis podniósł inne zarzuty i postawił inne żądania niż zawarte w proteście.

ODWOŁANIE

W dniu 22.09.2009 r. BOGMAR, wykonawca, który przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku protestu Galaskór Sp. z o.o., wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia ww. protestu, zarzucając zamawiającemu:

- 1) nie ustosunkowanie się merytoryczne do zarzutów podniesionych przez przystępującego,
- 2) wydanie rozstrzygnięcia niezgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy;

oraz wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu wykluczenie EUROFAREX na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy,
2. zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania odnośnie skuteczności przystąpienia do postępowania protestacyjnego podniesiono, iż BOGMAR zgłosił swoje przystąpienie w terminie i w sposób przewidziany w adekwatnych przepisach (art. 181 ust. 4 i 5 Pzp), tj. w szczególności wykazał swój interes prawny w przystąpieniu oraz określił swoje żądania w zakresie zarzutów zawartych w proteście. Ponadto odwołujący zgłaszając przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wskazał w przystąpieniu te same okoliczności co protestujący, tak więc nie mógł, zgodnie z przepisem art. 181 ust. 7 Pzp, wnieść własnego protestu. Według odwołującego ustawodawca nigdzie nie wskazał, że przystępujący do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu może postawić tylko żądania takie jak protestujący, a wręcz przeciwnie, dał prawo wniesienia własnych żądań ponieważ przepis art. 181 ust. 5 Pzp stanowi o określeniu swoich żądań w zakresie zarzutów zawartych w proteście.

Dalej odwołujący wskazał, iż protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 91 ustawy, natomiast zarzuty w przystąpieniu dotyczyły naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 26 ust. 3, co według odwołującego, nie wykracza poza zakres zarzutów zawartych w proteście. Odwołujący jedynie skorygował błędną kwalifikację podnoszonych przez protestującego okoliczności (nieaktualne zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej) i ich skutków prawnych.

Ponadto odwołujący zgodził się z ustaleniami zamawiającego, co do braku interesu prawnego po stronie protestującego, podniósł jednak, iż rozstrzygnięcie protestu poprzez jego oddalenie jest w tej sytuacji wadliwe - protest oddala się jeżeli oddala się zarzuty podniesione przez protestującego, a w przypadku gdy wykonawca wnosi protest bez wskazania uszczerbku w interesie prawnym, protest jest wnoszony przez podmiot nieuprawniony, i jako taki winien być odrzucony na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp.

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z pkt. VI.2.2) oraz VI.2.6) siwz zamawiający żądał od wykonawców biorących udział w postępowaniu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przedłożenia odpowiednio zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej wystawionego nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert oraz wykazu odpowiednich dostaw opisanych w siwz wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Otwarcie ofert w niniejszym postępowaniu, jak wynika z protokołu postępowania, przypadło na dzień 17.07.2009 r.

Jak wynika z przekazanej przez zamawiającego dokumentacji postępowania (tom II str. 369) na przedstawionym przez wybranego wykonawcę wraz z ofertą zaświadczeniu o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej wydanym w dniu 13.05.2009 r. przez Burmistrza Miasta i Gminy Wleń widnieje adnotacja o treści „stan aktualny na dzień 06.07.2009” podpisana przez Tomasza K., podinspektora Urzędu Miasta wraz z pieczęcią nagłówkową Urzędu Miasta i Gminy Wleń.

Pan Tomasz K. jest pracownikiem Urzędu Miasta i Gminy Wleń, Referatu Rozwoju, Infrastruktury Komunalnej i Organizacji (dowód: wydruk ze strony Biuletynu Informacji Publicznej Gminy Wleń <http://www.wlen.pl/bip/index.php?id=80&id2=143#1> przedłożony na rozprawie przez odwołującego), w którego zakresie działania mieszczą się sprawy związane z dokonywaniem wpisów do ewidencji działalności gospodarczej i wydawaniem zaświadczeń o dokonanym wpisie lub jego zmianie, wydawaniem decyzji o odmowie wpisu, wykreśleniu z ewidencji oraz prowadzenie ewidencji działalności gospodarczej (dowód: dostępny w BIP Gminy Wleń Regulamin Organizacyjny Urzędu, rozdz. 5 § 21 ust. 2 pkt 15 ppkt a).

Tom II str. 383 dokumentacji postępowania zawiera referencje wystawione przez HOLSTERS HPE Polska Grzegorz Szymański z Kielc dla EUROFAREX potwierdzające wykonanie dostawy 6150 par rękawic o wartości 971 188,32 zł.

W aktach sprawy (tom II dokumentacji postępowania, str. 488 i n.) znajduje się również pismo wykonawcy EUROFAREX z dnia 29.09.2009 r. wraz z załącznikami. W szczególności załączono doń umowę z dnia 30.06.2008 r. zawartą pomiędzy HOLSTERS HPE a

EUROFAREX, w której strony zobowiązały się współpracować na rzecz uzyskania i wykonania dostawy rękawic dla Komendy Głównej Policji. Według postanowień umowy stroną zobowiązaną do wykonania rękawic miał być EUROFAREX, natomiast HOLSTERS miał za tą dostawę swojemu kontrahentowi zapłacić (wystawić fakturę za wykonanie tej części przedmiotu umowy).

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp – uwzględnienie odwołania i nakazanie odrzucenia oferty pierwotnie wybranej czy wykluczenie wybranego wykonawcy umożliwiłoby mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Ponadto odwołujący skutecznie, tj. zgodnie z art. 181 ust. 4 i 5 przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wykazując swój interes prawny oraz własne żądania, co do zarzutów zawartych w proteście.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego przystąpienie do postępowania toczącego się wyniku wniesienia protestu w tym przypadku nie dzieli „losu prawnego” protestu. Nie znajduje oparcia w przepisach ustawy brak odniesienia się do zarzutów podniesionych przez przystępującego w ślad za protestem, nawet w przypadku gdy sam protestujący interesu prawnego do wniesienia i popierania protestu w takim kształcie nie posiadał. Formułując powyższe inaczej: przystąpienie do postępowania protestacyjnego wykonawcy, który taki interes posiadał, powoduje, iż niedopuszczalne staje się oddalenie protestu ze względu na sam brak interesu prawnego wnoszącego protest. Biorąc pod uwagę dyspozycję art. 181 ust. 7 Pzp, według której wykonawca wezwany do przystąpienia do protestu nie może następnie wnosić protestów powołując się na te same okoliczności, przyjęcie stanowiska przeciwnego prowadziłoby do sytuacji, w której wnoszenie protestów przez wykonawców nieposiadających interesu prawnego do ich wnoszenia, uniemożliwiłoby wnoszenie protestów wykonawcom, którzy interes prawny w zabezpieczeniu własnego uzyskania zamówienia posiadają, a zamierzali go realizować i dochodzić powołując się na te same okoliczności, na które powołał się wykonawca, który interesu prawnego do wnoszenia środków ochrony prawnej nie posiadał, a przypadkiem wniósł protest wcześniej.

W tym kontekście również za uprawnioną należy uznać zmianę kwalifikacji prawnej skutków okoliczności wskazanych w proteście dokonaną w przystąpieniu, a przy tym stwierdzić, iż część zarzutów podniesionych w przystąpieniu do protestu jest tożsama z zarzutami protestu.

O tożsamości, a także skuteczności zarzutów decydują przede wszystkim okoliczności faktyczne i wynikające z nich skutki wskazane w treści protestu i stanowiące podstawę do jego wniesienia, na których protest się zasadza i których dotyczy, a nie formalnie poprawne dostosowanie do powyższych adekwatnego przepisu ustawy – zwłaszcza, gdy nie jest dokonywane przez profesjonalnego pełnomocnika (tak samo: Sąd Okręgowy w Suwałkach, wyrok z dnia 21.07.2009 r. sygn. akt ICa 137-09, str. 9 uzasadnienia, akapit drugi). Znaczenie zarzutu należy rekonstruować i oceniać przede wszystkim na podstawie całokształtu jego treści, tzn. w odniesieniu do zakresu i znaczenia okoliczności faktycznych stanowiących podstawę i uzasadnienie jego postawienia, a nie li tylko opierać się na odesłaniu do przepisu, którego naruszenie zarzut podnosi. Na przykład z treści przedmiotowego protestu, tj. z całokształtu podnoszonych tam okoliczności jasno wynikało, iż protestujący w konkretny sposób i ze ściśle określonych powodów kwestionuje potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę, chociaż błędnie kwalifikuje powyższe jako naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jako znajdującego w tej sytuacji zastosowanie do treści oferty wybranej. Ponadto znowu przyjęcie stanowiska przeciwnego czyniłoby iluzoryczną możliwość składania protestów i przystępowania do protestów w takich przypadkach. Błędy popełnione w kwalifikacji prawnej zarzutów – wskazaniu właściwych przepisów – przez protestującego, pozbawiałyby innych uczestników postępowania możliwości powołania się na te same okoliczności nawet z prawidłowym wskazaniem naruszonych przepisów (ze względu na art. 181 ust. 7) i „skazywałyby” ich na przyłączenie się do nieprawidłowo sformułowanego protestu bez możliwości dokonania poprawek w tym zakresie.

Reasumując, zamawiający nie był w tej sytuacji uprawniony do oddalenia protestu (konkretnie: zarzutów protestu popartych przez przystępującego, który interes prawny w zgłoszeniu przystąpienia posiadał i prawidłowo zgłosił swoje przystąpienie do protestu) jedynie z uwagi na brak interesu prawnego protestującego.

Jednakże, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż niezależnie od wad uzasadnienia zapadłego rozstrzygnięcia protestu, co do sentencji było to rozstrzygnięcie prawidłowe – zarzuty podniesione w proteście, niezależnie od prawidłowości ich kwalifikacji prawnej, są niezasadne i nie zasługują na uwzględnienie, a protest jako taki podlegał oddaleniu.

Odnosnie pierwszego zarzutu protestu dotyczącego braku aktualności zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej zakwalifikowanego przez przystępującego/odwołującego jako naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia brakującego dokumentu, Izba stwierdza, że nie ma jakichkolwiek podstaw dla powzięcia wątpliwości, iż w dacie dokonanej aktualizacji rzeczzonego zaświadczenia wykonawca nie znajdował się w stanie likwidacji bądź upadłości (a taki jest w związku z art. 24 ust. 1 pkt 2

ustawy cel żądania i przedkładania dokumentów, o których stanowi § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane) oraz że przedłożony dokument powyższe potwierdzał.

W pierwszej kolejności chybione jest podnoszenie, iż zaświadczenia wydawane przez organy samorządu terytorialnego czy jakiegokolwiek inne zaświadczenia urzędowe, o których stanowi art. 217 i n. Kpa, mogą przybierać jedynie ściśle określoną formę nowego i odrębnego dokumentu. Kodeks postępowania administracyjnego ustanawia jedynie materialne podstawy wydawania zaświadczeń, czyli potwierdzania przez organ administracji określonych faktów bądź stanu prawnego, nie określając przy tym szczegółowej formy (poza ogólną zasadą pisemnego działania administracji) w jakiej powyższe ma być dokonywane. Zastosowanie w tym przypadku znajduje natomiast dopuszczający praktykowany w wielu urzędach j.s.t. sposób załatwienia sprawy (stosowany m.in. w Urzędzie Miasta i Gminy Wleń) przepis § 22 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie instrukcji kancelaryjnej dla organów gmin i związków międzygminnych (Dz. U. z dnia 31 grudnia 1999 r.), które stanowią, że przy pisemnym załatwieniu sprawy stosuje się formę odręczną, korespondencyjną lub inną (np. przy użyciu pieczęci z odpowiednim tekstem, na formularzu), natomiast forma odręczna jest skróconym sposobem załatwienia sprawy i polega na sporządzeniu przez referenta, po zarejestrowaniu sprawy, bezpośrednio na otrzymanym piśmie, zwięzłej odpowiedzi załatwiającej sprawę lub na sporządzeniu na nim odręcznej notatki wskazującej sposób jej załatwienia.

W następnej kolejności Izba stwierdza, iż nie zachodzą żadne wątpliwości, że urzędnik, pracownik właściwego do załatwienia sprawy referatu, działając w ramach swoich obowiązków służbowych, posługując się własną pieczęcią służbową oraz pieczęcią Urzędu Miasta i Gminy (co przyjęto na podstawie wskazywanych wyżej dowodów) załatwiający sprawę, tj. dokonując przedmiotowej aktualizacji zaświadczenia, czy też przez adnotację tego typu wydając nowe zaświadczenie potwierdzające adekwatny stan rzeczy, działał z upoważnienia organu wystawiającego zaświadczenie, czyli Burmistrza Miasta i Gminy Wleń. Brak pieczęci czy dopisku „z upoważnienia” jest zbyt wątpliwą poszlaką dla przyjęcia wniosków przeciwnych, natomiast innych dowodów zmierzających do wykazania, iż urzędnik gminy działał z przekroczeniem swoich uprawnień odwołujący nie przedstawił (art. 188 ust. 1 ustawy oraz art. 6 w zw. z art. 7 Kc).

Reasumując: wybrany wykonawca przedstawił aktualny dokument prawidłowo potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu w opisanym wyżej zakresie i tym samym zamawiający nie naruszył art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania do jego uzupełnienia.

Odnosnie zarzutu dotyczącego niewłaściwego potwierdzenia należytego wykonania dostaw, którymi wykazywał się wybrany wykonawca, Izba stwierdza, iż w świetle zgromadzonego materiału dowodowego przedmiotowe referencje są wiarygodne i zostały wystawione przez podmiot do tego uprawniony. Jak wynika z przedłożonych przez EUROFAREX zamawiającemu w dniu 29.09.2009 wyjaśnień i dokumentów, był on stroną umowy w ramach której zobowiązał się do wykonania określonej partii rękawic, na potwierdzenie czego uzyskał referencje od drugiej strony umowy. Nie ma żadnych dowodów na to, iż powyższa umowa zawarta została jedynie dla pozoru czy w celu obejścia bezwzględnie obowiązujących przepisów. Ponadto bez znaczenia dla jej ważności oraz oceny charakteru zawartych w niej zobowiązań czy faktu wywiązania się z zobowiązań umownych przez dostawcę pozostają okoliczności, co strony umowy postanowiły zrobić dalej z przedmiotem dostawy i jakie inne zobowiązania odnośnie tego przedmiotu zawarły, czy też w ramach jakich innych, szerszych stosunków prawnych z innymi podmiotami dostawę tą postanowiły wykorzystać. Niezależnie od powyższego wskazać można, iż również ostateczny odbiorca rękawic, Komenda Główna Policji potwierdziła ich zadowalającą jakość i prawidłowe wykonanie (załączone do ww. pisma referencje).

Na marginesie powyższych rozważań Izba wskazuje, iż nie ma żadnych przeszkód prawnych aby dowody dostarczone lub wytworzone po wyborze najkorzystniejszej oferty czy rozstrzygnięciu protestu, a znajdujące się w aktach sprawy, zostały w postępowaniu odwoławczym uwzględnione i wzięte pod uwagę przez Izbę w postępowaniu odwoławczym dla oceny faktów czy zdarzeń, które wystąpiły w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy uznano za chybiony – Izba nie dopatrzyła się żadnych nieprawdziwych informacji podanych przez wybranego wykonawcę w wyżej wskazywanym zakresie.

Zgodnie z art. 190 ust. 3 ustawy Izba nie może orzekać, co do zarzutów nie objętych protestem – żadnych okoliczności poza skutkującymi ograniczeniem możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej nie bierze pod uwagę z urzędu. Tym samym to protestujący określa zakres zarzutów protestu i niejako warunkuje zakres rozpatrywania odwołania, którego przedmiotem jest rozstrzygnięcie danego protestu.

W związku z powyższym Izba pozostawiła poza zakresem orzekania zarzuty podniesione przez przystępującego/odwołującego, które wykraczały poza zakres zarzutów sformułowanych w proteście. Przystępujący do postępowania protestacyjnego mógł zgodnie z art. 181 ust. 5 Pzp jedynie określać swoje żądania co do sposobu rozstrzygnięcia zarzutów protestu wraz z podaniem argumentacji na rzecz takiego rozstrzygnięcia, a nie podnosić

nowe, niewskazane w proteście okoliczności, które *de facto* prowadzą do rozszerzenia zawartych tam zarzutów.

W przypadku powzięcia informacji o zaniechaniu odrzucenia danej oferty czy wykluczenia wykonawcy ze względu na wszelkie okoliczności stanowiące podstawę do dokonania tego typu czynności, gdy oparte na tych okolicznościach zarzuty nie zostaną podniesione w protestach wniesionych przez innych uczestników postępowania, wykonawcy, którym pozostawienie danej oferty w postępowaniu będzie uniemożliwiało uzyskanie zamówienia, są w pełni uprawnieni do wnoszenia własnych protestów na tego typu zaniechanie zamawiającego. W odniesieniu do powyższego nie zajdzie hipoteza art. 181 ust. 7 ustawy – protest oparty na innych okolicznościach i zarzutach.

Jeżeli więc przystępujący chciał doprowadzić do orzekania Izby w przedmiocie zarzutów innych niż sformułował w stosunku do wybranego wykonawcy, protestujący mógł i powinien wnieść własny protest w tym zakresie.

Poza zakresem orzekania pozostawiono więc podniesiony w przystąpieniu i odwołaniu zarzut dotyczący niezgodnego z siwz wykazania się przez wybranego wykonawcę doświadczeniem w realizacji opisanych w warunkach udziału w postępowaniu dostaw ze względu na podanie wartości całości dostawy rękawic, a nie części stanowiącej wartość wkładu z dzianiny. Tego typu zarzutu brak w proteście w jakiegokolwiek formie czy postaci – zarówno w znaczeniu zarzutu przyjmowanym przez skład orzekający Izby, rozumianego jako podniesienie okoliczności wskazujących na zakładaną i dowodzoną wadliwość czynności zamawiającego, jak i również w znaczeniu formalnym, podnoszonym przez zamawiającego, który elementu konstytutywnego określającego zarzut upatruje we wskazaniu naruszanego przepisu prawa. Jedynym tożsamym elementem pomiędzy protestem a przystąpieniem do protestu w tym zakresie jest fakt, iż zarówno zarzuty protestu, jak i zarzut przystąpienia dotyczą tego samego wykazu dostaw.

Izba jeszcze raz podkreśla i stwierdza, iż o tożsamości zarzutów oraz o ich istocie nie decyduje przedmiot, którego ogólnie dotyczą, ani ich podstawa prawna, do której referują, ale całokształt okoliczności, na które się powołują i opierają. Nie jest wystarczające dla uznania, że dwa zupełnie zasadzające się na innych okolicznościach faktycznych zarzuty dotyczące np. niezgodności treści oferty, podnoszące zupełnie różne jej wady i niezgodności z treścią siwz, uznać za ten sam zarzut tylko z tego powodu, że dotyczą tej samej oferty albo tylko dlatego, że odwołują się do tej samej podstawy prawnej.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....