

Sygn. akt: KIO/UZP 372/08

WYROK
z dnia 5 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Stanisław Sadowy
Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* 5 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Endo Elektronik Sp. z o.o., ul. Kolejowa 11b, Otrębusy k/Warszawy, 05-805 Kanie** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego, **Powiat Żyrardowski, ul. Limanowskiego 45, 96-300 Żyrardów** protestu/protestów* z dnia 7 kwietnia 2008 r.

przy udziale **Panamed Sp. z o.o., ul. Motycka 19/7, 03-566 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Endo Elektronik Sp. z o.o., ul. Kolejowa 11b, Otrębusy k/Warszawy, 05-805 Kanie** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Endo Elektronik Sp. z o.o., ul. Kolejowa 11b, Otrębusy k/Warszawy, 05-805 Kanie**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące trzysta złotych) przez **Endo Elektronik Sp. z o.o., ul. Kolejowa 11b, Otrębusy k/Warszawy, 05-805 Kanie** a rzecz **Powiat Żyrardowski, ul. Limanowskiego 45, 96-300 Żyrardów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Endo Elektronik Sp. z o.o., ul. Kolejowa 11b, Otrębusy k/Warszawy, 05-805 Kanie.**

U z a s a d n i e

Powiat Żyrardowski, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zakup urządzeń medycznych do diagnostyki obrazowej dla Zespołu Opieki Zdrowotnej w Żyrardowie”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 19 lutego 2008 r., nr 2008/S 34-047007.

Zamawiający pismem z dnia 1 kwietnia 2008 r., poinformował Endo Elektronik Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Kanie, zwaną dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej, w zakresie zadania nr 3, tj. „Dostawy Videokolonoskopu operacyjnego i videoduodenoskopu z wyposażeniem”, oferty firmy Panamed Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanej dalej „Panamed” oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie.

Pismem z dnia 7 kwietnia 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 8 kwietnia 2008 r.) Odwołujący wniósł protest wobec czynności polegających na wyborze oferty firmy Panamed jako najkorzystniejszej oraz zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Panamed jako oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenie oferty Panamed.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż w ofercie Panamed:

1. podano dwie stawki VAT nie precyzując, jaki sprzęt objęty jest stawką 7%, a jaki 22%, tym samym powodując nieporównywalność złożonych ofert;
2. jednoznacznie nie wskazano jaki produkt wykonawca zaoferował (numery katalogowe podano tylko w stosunku do zaoferowanego videokolonoskopu i videoduodenoskopu);
3. nie wskazano producenta myjni endoskopowej;

Pismem z dnia 8 kwietnia 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo Panamed otrzymała w tej samej dacie).

Pismem z dnia 10 kwietnia 2008 r. Panamed przystąpiła do protestu (wpływ do Zamawiającego faksem w tej samej dacie), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 14 kwietnia 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, wskazując, iż w zakresie zadania nr 3 oferta Odwołującego została odrzucona, a Odwołujący w tym zakresie nie złożył protestu. Dlatego też nie posiada on już interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał faksem w tej samej dacie.

Pismem z dnia 18 kwietnia 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego oraz do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 21 kwietnia 2008 r.). Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Zamawiającego w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 19 kwietnia 2008 r. , jak również zostało przesłane faksem do Zamawiającego w dniu 19 kwietnia 2008 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego jakoby nie miał interesu prawnego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, gdyż:

1. przedmiot zamówienia nie został opisany zgodnie z wymogami ustawy. W trakcie postępowania wykonawcy kierowali do Zamawiającego szereg pytań. Odpowiedź na pytania Odwołującego z dnia 19 marca 2008 r. została udzielona dopiero w dniu 27 marca 2008 r. , a więc po złożeniu protestu przez Odwołującego na zaniechanie ich udzielenia;

2. dokonano modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SIWZ” w zakresie warunków zamówienia, poprzez wskazanie, dopiero w odpowiedzi na pytanie nr 15 (w piśmie z dnia 19 marca 2008 r.), iż wózek endoskopowy musi posiadać minimum 4 półki;
3. treść oferty Panamed, nie odpowiada treści SIWZ (dołączone certyfikaty nie precyzują jaki produkt jest oferowany);
4. podczas oceny ofert „posiłowano się wykonawcami”, korzystając w sposób nieuprawniony z ich informacji dotyczących konkurencyjnych ofert.

Jednocześnie wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty z zachowaniem zasad określonych w ustawie ewentualnie o unieważnienie postępowania na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 21 kwietnia 2008 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 5 maja 2008 r. (pismem z dnia 30 kwietnia 2008 r.) Panamed przystąpiła do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej (...) przysługują wykonawcom (...) jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, przy czym przesłanką zasadności wniesienia środka odwoławczego jest „jedynie uszczerbek w możliwości uzyskania zamówienia, nie zaś jakikolwiek uszczerbek” (M.Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 649).

W niniejszym postępowaniu Odwołujący, pismem z dnia 1 kwietnia 2008 r., które otrzymał w tej samej dacie, został poinformowany przez Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący zarówno w złożonym proteście, jak i odwołaniu nie zakwestionował czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty, a podniósł jedynie zarzut wyboru oferty wykonawcy

Panamed jako oferty najkorzystniejszej oraz wniósł o odrzucenie ww. oferty i ewentualne unieważnienie postępowania.

Powyższe oznacza, iż Odwołujący nie ma interesu prawnego we wniesieniu środków odwoławczych, gdyż nie ma możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, jego oferta została bowiem skutecznie odrzucona.

Mając na uwadze dotychczasowe piśmiennictwo, jak i utrwalone orzecznictwo należy podnieść, iż wykonawca, którego oferta została odrzucona, nie ma interesu prawnego do korzystania ze środków ochrony prawnej. Interes prawny istnieje wówczas, gdy w konkretnym, toczącym się postępowaniu, w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego wykonawca traci możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Interes prawny wykonawcy nie istnieje, gdy nie ma on szans na wygranie przetargu, a wyniku uwzględnienia wniesionego przez niego środka ochrony prawnej doszłoby do unieważnienia postępowania, co dałoby mu możliwość udziału w ewentualnym przyszłym, nowym postępowaniu (wyrok SO w Białymstoku z dnia 31.03.2006 r., sygn. akt II Ca 104/06).

Jednocześnie Izba odnosząc się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu stwierdza, stosownie do art. 191 ust. 3 zdanie 1 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów nie poprzedzonych protestem.

Skoro więc Odwołujący podniósł zarzuty skutkujące, zdaniem Odwołującego, unieważnieniem postępowania z urzędu, Izba rozpatrzyła podniesione zarzuty.

Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp protest dotyczący treści ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz postanowień SIWZ wnosi się w terminie 14 dni od dnia publikacji. Tak więc zarzuty dotyczące treści ogłoszenia i postanowień SIWZ są spóźnione. Niemniej jednak skład orzekający Izby nie dopatrył się sprzeczności pomiędzy zapisami ogłoszenia zawartego w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskiej, ogłoszeniem z tablicy ogłoszeń Zamawiającego, a treścią SIWZ w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Umieszczenie zapisu „warunki dodatkowe określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia” jedynie w ogłoszeniu o zamówieniu umieszczonym na tablicy ogłoszeń Zamawiającego stanowi uchybienie, nie mające jednak wpływu na ważność przedmiotowego postępowania o zamówienie. Jednak już analiza treści ogłoszenia oraz postanowień SIWZ wskazuje, iż Zamawiający nie wymaga od wykonawców spełnienia żadnych dodatkowych warunków. Podobnie w stosunku do kryteriów oceny ofert. W rozdziale II SIWZ „Kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty” pkt 1.III „zasady oceny ofert według ustalonych kryteriów” szczegółowo opisano sposób dokonywania oceny kryteriów. Natomiast w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot

Europejskich, Sekcja IV. Procedura pkt IV.2) „Kryteria udzielenia zamówienia” zamieszczono zapis „oferta najkorzystniejsza ekonomicznie z uwzględnieniem kryteriów. Kryteria określone w specyfikacji”. Zapis powyższy jest dokonany poprzez wybór jednej z opcji programu służącego do wprowadzania ogłoszeń, jako wypełniony zgodnie z wymaganym kwestionariuszem, następnie zaaprobowany. Powyższy zapis nie jest kompatybilny z zapisem w SIWZ, ale jako dopuszczalny w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nie może być kwestionowany.

Nie można się zgodzić z Odwołującym, iż nie wiadomo, ile punktów przyznano wykonawcom w kryterium „okres gwarancji”, jak również z twierdzeniem, że niemożliwe jest uzyskanie maksymalnej liczby punktów w tym kryterium. Z protokołu postępowania wynika, iż wykonawcy w kryterium „okres gwarancji” otrzymali odpowiednio 4 oraz 4,1666 pkt, gdyż proponowali odpowiednio 24 i 25 miesięcy gwarancji. Z analizy postanowień SIWZ wynika, iż oferent, który zaoferował 60-miesięczny okres gwarancji otrzymałby 10 punktów, a więc maksymalną ilość punktów w danym kryterium, a żaden z wykonawców uczestniczących w postępowaniu takiego okresu gwarancji nie zaproponował.

Zarzut opóźnienia w udzieleniu odpowiedzi na zapytania Odwołującego był już przedmiotem protestu, uwzględnionego przez Zamawiającego, co skutkowało przesunięciem terminu otwarcia ofert. Od tego rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego Odwołujący nie wniósł środka odwoławczego. Odwołujący obecnie podnosi, iż wyjaśnienia SIWZ z 27 marca 2008 r. zostały umieszczone na stronie internetowej Zamawiającego, jednak nie było możliwości zapoznania się z ich treścią, gdyż przedmiotowy plik nie otwierał się. Faktu tego Odwołujący nie zgłaszał Zamawiającemu. Jak podniósł na rozprawie Zamawiający oraz Przystępujący nie było problemów z zapoznaniem się z treścią przedmiotowych odpowiedzi. W związku z powyższym należy uznać, iż brak jest jednoznacznego dowodu na to, iż wykonawcy nie mogli zapoznać się z treścią pisma, dotyczącego przesłania wyjaśnień i modyfikacji. Zamawiający zgodnie z art. 38 ust. 2 i 4 ustawy Pzp ma bowiem obowiązek przesyłania wyjaśnień jedynie tym wykonawcom, którym przekazał specyfikację. Tymczasem odwołujący, jak oświadczył na rozprawie, specyfikację pobrał ze strony internetowej Zamawiającego.

W kontekście powyższego Izba stwierdza, iż brak jest podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Pozostałe zarzuty nie zostały rozpatrzone, w wyniku ustalenia Izby, iż Odwołujący nie posiada interesu prawnego do wniesienia odwołania. Równocześnie rozpatrzyła zarzuty skutkujące ewentualnym unieważnieniem postępowania z urzędu.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Płocku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*