

Sygn. akt: KIO/UZP 1099/08

WYROK

z dnia 24 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska -Romek

**Członkowie: Barbara Bettman
Magdalena Grabarczyk**

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TIMKO Sp. z o.o., ul. ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 w Lublinie, ul. Stanisława Staszica 16, 20-081 Lublin** protestu z dnia 18 września 2008 r.

przy udziale **Promed S.A., ul. Krajewskiego 1B, 01-520 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **TIMKO Sp. z o.o., ul. ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **TIMKO Sp. z o.o., ul. ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx.
- 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 **TIMKO Sp. z o.o., ul. ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 w Lublinie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa mammografu cyfrowego.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą”.

Ogłoszenie o postępowaniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 lipca, nr 2008/s-139 – 186177.

W dniu 12 września 2008 roku Zamawiający poinformował Wykonawców, biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Promed S.A. za cenę 1 169 548 zł.

Czynność ta stała się przedmiotem protestu złożonego w dniu 18 września 2008 roku przez Timko Sp. z o.o., zwane dalej Odwołującym.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 25 ust. 1 i wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał, że Wykonawca Promed nie spełnia wymogu wskazanego w pkt II załącznika nr 2 do siwz dotyczącego posiadania własnego autoryzowanego serwisu oraz konieczności załączenia do oferty ważnych dokumentów potwierdzających fakt autoryzacji przez producenta w zakresie sprzedaży i serwisu dostarczanego sprzętu. Wykonawca Promed przedłożył oświadczenie pochodzące wprawdzie od producenta sprzętu, ale nie dotyczy ono Wykonawcy składającego ofertę tylko firmy zewnętrznej GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. Tym samym Wykonawca Promed nie jest autoryzowanym przez producenta sprzętu serwisantem na terytorium RP, jak tego wymagał Zamawiający.

Zatem w ocenie Odwołującego wymogi określone w załączniku nr 2 nie zostały spełnione i tym samym Wykonawca Promed podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Ponadto Odwołujący podniósł zarzuty uzasadniające unieważnienie postępowania z urzędu, wskazując na wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, przez wprowadzenie wymogu obwarowanego dokumentami, które nie są przewidziane w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może domagać się zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich

mogą być one składane. Odwołujący przyznał, że co prawda, gdyby nawet zaklasyfikować przedmiotowe dokumenty do wymienionych w § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia, to jednak nie zostały one wyraźnie sformułowane, co jest niezgodne z § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Promed S.A. przystąpił do postępowania protestacyjnego, wykazując swój interes prawny i wnosząc o oddalenie protestu.

Zamawiający pismem z dnia 26 września 2008 roku protest odrzucił jako niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 ustawy, powołując się na okoliczność, że Wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany nie mogą następnie wnieść środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. W uzasadnieniu wskazał, że okoliczność podnoszona przez Odwołującego była już przedmiotem ostatecznego rozstrzygnięcia protestu złożonego przez Siemens Sp. z o.o., którego uczestnikiem był też Odwołujący w wyniku zgłoszenia udziału w postępowaniu protestacyjnym z dnia 11 sierpnia 2008 roku. W rozstrzygnięciu protestu, od którego żaden z uczestników nie złożył odwołania Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że warunki dotyczące wymagań serwisowych nie są warunkami podmiotowymi i mogły podlegać modyfikacji w toku postępowania.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego, Odwołujący wniósł w dniu **1 października 2008 roku** odwołanie, w którym podtrzymał argumenty i wnioski zawarte w proteście. W uzasadnieniu wyjaśnił, że zarzut w proteście Siemens z dnia 6 sierpnia 2008 roku dotyczył naruszenia art. 38 ust. 5 ustawy przez dokonanie niedozwolonej modyfikacji treści siwz w zakresie warunków podmiotowych dotyczących „posiadania własnego autoryzowanego serwisu”, natomiast Odwołujący zarzucił wprowadzenie wymogu połączonego z wylegitymowaniem się oświadczeniem w zakresie posiadania „własnego autoryzowanego serwisu” co jest niedozwolone przez art. 25 ust.1 ustawy. Zatem oba zarzuty, mimo że dotyczą tych samych zapisów siwz, wynikają z innych podstaw prawnych.

Odwołujący ponadto podtrzymał zarzut zaniechania wykluczenia Wykonawca Promed z udziału w postępowaniu, z uwagi na okoliczność, że nie spełnia on wymogu podmiotowego wskazanego w pkt II załącznika nr 2 do siwz oraz wskazał na wadę postępowania, która w jego ocenie winna skutkować unieważnieniem postępowania.

Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego pismem z dnia 8 października zgłosił swoje przystąpienie Wykonawca Promed S.A. i wskazując na swój interes prawny wniósł o odrzucenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treści siwz oraz oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania określone w art. 187 ust. 4 ustawy, w szczególności nie podziela stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego i Przystępującego do postępowania odwoławczego, że odwołanie winno zostać odrzucone bowiem dotyczy okoliczności, które zostały już ostatecznie rozstrzygnięte w wyniku rozpatrzenia protestu złożonego przez Siemens w dniu 6 sierpnia 2008 roku.

Analiza treści obu protestów i zarzutów w nich podniesionych wskazuje, że zarzuty odwołania, będącego przedmiotem rozpatrzenia odnoszą się nie tylko do postanowień siwz dotyczących wymogów w zakresie serwisu, które były już przedmiotem ostatecznego rozstrzygnięcia protestu ale dotyczą również kwestii zaniechania wykluczenia Wykonawcy Promed S.A., z uwagi na niespełnienie wymogów w zakresie serwisu gwarancyjnego.

Odwołujący wskazał bowiem na naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 25 ust. 1 ustawy. Zarzut braku wykluczenia Wykonawcy, mimo niespełnienia wymogów siwz aktualizuje się dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, zatem nie znajduje uzasadnienia pogląd, że został on objęty protestem Wykonawcy Siemens, złożonym jeszcze przed terminem składania ofert. Zarzut zaniechania wykluczenia Wykonawcy został złożony w terminie i nie był przedmiotem ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.

Wobec powyższego nie zachodzą okoliczności przewidziane w art. 187 ust. 4 ustawy, skutkujące koniecznością odrzucenia odwołania.

Skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący który domaga się wyłącznie unieważnienia postępowania z urzędu nie posiada interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Posiadanie interesu prawnego warunkuje możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Istnienie interesu prawnego musi być oceniane w konkretnym postępowaniu, zaś zaistnienie uszczerbku czy też sama możliwość zaistnienia uszczerbku, orzecznictwo oraz większość doktryny łączy z utratą możliwości ubiegania się o zamówienie bądź jego

uzyskania. W badanym stanie faktycznym Odwołujący formułując żądanie unieważnienia postępowania zmierza do sytuacji, w której Zamawiający nie udzieli zamówienia publicznego. Celem każdego postępowania o zamówienie publiczne jest udzielenie zamówienia i podpisanie umowy. Ponadto skoro interes prawny należy odnosić do konkretnego postępowania to nie może być on oceniany pod kątem ewentualnego i niepewnego udziału Odwołującego się w przyszłym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie publiczne. Skład orzekający Izby, biorąc powyższe pod uwagę stoi na stanowisku, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego w żądaniu unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne.

Skład orzekający, rozpatrując zarzuty protestu i odwołania, ustalił co następuje:

W załączniku 2 do siwz - formularz oferty - opis przedmiotu zamówienia w pkt II Zamawiający wymagał, aby Wykonawca posiadał własny autoryzowany przez producenta serwis. Postawił również wymóg załączenia ważnych dokumentów potwierdzających fakt autoryzacji przez producenta w zakresie sprzedaży i serwisu dostarczanego sprzętu.

W dniu 30 lipca 2008 roku, Zamawiający zamieścił na stronie internetowej odpowiedzi na pytania Wykonawców, gdzie m.in. dopuścił do udziału w postępowaniu Wykonawców, którzy nie posiadają własnego autoryzowanego serwisu producenta a dysponują autoryzowanym serwisem producenta. Wykonawca powołał się w tym zakresie na brzmienie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdzie wymaga się „dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia” a nie posiadania tego potencjału i osób zdolnych do wykonania zamówienia. (odpowiedź na pytania z dnia 30 lipca 2008 roku)

Odpowiedź Zamawiającego stała się przedmiotem protestu, złożonego przez Wykonawcę Siemens, w którym zarzucił on naruszenie art. 38 ust. 5 ustawy przez zmianę warunku podmiotowego udziału w postępowaniu i w konsekwencji wniósł o unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Zamawiający przedmiotowy protest oddalił, a żaden z uczestników postępowania, w tym również Odwołujący nie wniósł odwołania od rozstrzygnięcia protestu.

Wykonawca Promed S.A. w ofercie z dnia 26 sierpnia 2008 roku w pkt 4 załącznika nr 1 do siwz – formularz oferty- formularz cenowy wskazał, że serwis gwarancyjny i pogwarancyjny będzie świadczył za pośrednictwem GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.

Jednocześnie Wykonawca załączył do oferty oświadczenie z dnia 26 sierpnia 2008 roku, w którym GE Medical Systems SCS oświadcza, że GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. prowadzi autoryzowany serwis gwarancyjny i pogwarancyjny na rynku polskim w zakresie serwisowania aparatów rentgenowskich i mammograficznych. Załączono również autoryzację dla firmy Promed S.A. z dnia 26 sierpnia 2008 roku, w której GE Medical

Systems SCS potwierdza, że Promed S.A. jest autoryzowanym przedstawicielem na rynku polskim w zakresie sprzedaży aparatów rentgenowskich i mammograficznych (strona 104 i 105 oferty). Oświadczenia zostały wystawione w celu załączenia ich do dokumentacji przetargowej w postępowaniu, będącym przedmiotem rozpoznania.

Izba zważyła co następuje:

Zarzuty dotyczące postanowień siwz w zakresie wymaganego serwisu i dokumentów potwierdzających fakt posiadania własnego autoryzowanego serwisu są zarzutami po pierwsze spóźnionymi, gdyż upłynął czternastodniowy termin na ich zgłoszenie od chwili powzięcia o nich wiadomości (art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy); po drugie zarzuty te były przedmiotem ostatecznego rozstrzygnięcia protestu złożonego przez Wykonawcę Siemens w dniu 6 sierpnia 2008 roku, którego uczestnikiem był również Odwołujący.

Zatem w stosunku do zarzutów dotyczących postanowień siwz zachodzą okoliczności przewidziane w art. 187 ust. 4 pkt 4 i 6 ustawy i skład orzekający pozostawił je bez rozpoznania.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że zarzut dotyczący wymogu żądania dokumentu potwierdzającego fakt autoryzacji przez producenta w zakresie sprzedaży i serwisu dostarczanego sprzętu nie stanowi również okoliczności skutkującej koniecznością unieważnienia postępowania z urzędu w oparciu o wskazany przez Odwołującego art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy. W ocenie składu orzekającego wymóg co do żądania dokumentów potwierdzających fakt posiadania własnego autoryzowanego serwisu nie jest wadą samego postępowania, która mogłaby skutkować nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wadą postępowania w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywiera istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, powodującej jej nieważność. Wadą postępowania jest obiektywna niemożność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej (postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 listopada 2005 roku, Sygn. II Ca 941/05). W ocenie składu orzekającego w rozpatrywanym stanie faktycznym nie zaistniała nieusuwalna wada postępowania, w szczególności można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc po uwagę powyższe skład orzekający Izby, nie znalazł podstaw do unieważnienia postępowania z urzędu w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 i art. 25 ust. 1 ustawy przez niespełnienie wymogów dotyczących serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego przez Wykonawcę Promed S.A., skład orzekający zważył:

Niewątpliwym jest, że Zamawiający w wyniku odpowiedzi na pytania Wykonawców z dnia 30 lipca 2008 roku dokonał zmiany wymogów w zakresie serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego, dopuszczając do udziału w postępowaniu nie tylko wykonawców, którzy posiadają własny autoryzowany serwis gwarancyjny i pogwarancyjny ale także tych, którzy dysponują autoryzowanym serwisem producenta. Dokonane przez Zamawiającego wyjaśnienie treści postanowienia siwz stało się wiążące dla Wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, w których dopuścił dysponowanie autoryzowanym serwisem Wykonawca – Promed S.A. zaoferował serwis gwarancyjny świadczony przez GE Medical Systems Sp. z o.o. Załączając stosowne oświadczenia producenta oraz autoryzacje sprzętu (strona 104 i 105 oferty) potwierdził natomiast fakt autoryzacji przez producenta w zakresie sprzedaży i serwisu dostarczanego sprzętu, zgodnie z wymogiem siwz w tym zakresie.

Zatem nie można się zgodzić z twierdzeniem, że Wykonawca Promed S.A. nie spełnił wymogów określonych w siwz przez Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę zarzut naruszenia art. 24 ust. 1pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 25 ust. 1 ustawy nie znalazł potwierdzenia.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do wyniku postępowania zgodnie z art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*