

WYROK

z dnia 24 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Stanisław Sadowy

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Mirosława Stolarczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Stolarczyk Mirosław Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce oraz

Metz Aerials GmbH&Co KG ul. Carl Metz Strasse 9, 76185 Karlsruhe

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Komendę Miejską Państwowej Straży Pożarnej we Wrocławiu

ul. Kręta 28, 50-233 Wrocław

protestu z dnia 15 września 2008 r.

przy udziale **Fire Max Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mirosława Stolarczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Stolarczyk Mirosław Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce oraz Metz Aerials GmbH&Co KG ul. Carl Metz Strasse 9, 76185 Karlsruhe 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 **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mirosława Stolarczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Stolarczyk Mirosław Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce oraz Metz Aerials GmbH&Co KG ul. Carl Metz Strasse 9, 76185 Karlsruhe,**
- 2) 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 **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mirosława Stolarczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Stolarczyk Mirosław Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce oraz Metz Aerials GmbH&Co KG ul. Carl Metz Strasse 9, 76185 Karlsruhe.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *zakup 1 samochodu z drabiną automatyczną o wysokości ratowniczej 37m (SD 37)*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na tablicy ogłoszeń i stronie internetowej 22 lipca 2008 r. oraz opublikowane w Dz. Urz.

WE 25 lipca 2008 r. pod numerem 2008/S 143-191780. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2.046.000,00 złotych, 527.714,00 euro. W wyznaczonym terminie składania ofert zostały złożone dwie oferty: Odwołującego oraz Przystępującego. 8 września 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego (z powodu niezgodnego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – zbyt krótkiego terminu gwarancji) oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

15 września 2008 r. Odwołujący wniósł protest na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie wykluczenia z postępowania FIRE – MAX Sp. z o.o., co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu ubieganie się o uzyskanie zamówienia w powtórzonym postępowaniu, czyli naraził na uszczerbek jego interes prawny.

W związku z powyższym Odwołujący zażądał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia FIRE – MAX Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia złożonej przez nią oferty oraz unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 i 7 [powinno być: art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7] ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie, na podstawie art. 93 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wniósł o wszczęcie kolejnego postępowania i przeprowadzenie go w sposób zgodny z zapisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący uzasadnił swoje stanowisko następująco.

W punkcie 4.4. załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia *Specyfikacja techniczna dla samochodu specjalnego – drabiny samochodowej SD-37* Zamawiający zapisał m.in.: *Zapewniona permanentna kontrola stanu podparcia (nacisku na podłoże) przez system mikroprocesorowy i informacja dla operatora o wszelkich nieprawidłowościach w tym zakresie...* Wybrany wykonawca w kolumnie *Rozwiązanie proponowane przez oferenta* potwierdził w sposób dosłowny cytowany zapis, oświadczając tym samym, że system mikroprocesorowy przekazuje

operatorowi w sposób ciągły, trwający nieprzerwanie, informacje o stanie podparcia wszystkich podpór.

W pkt. 4.6. załącznika nr 6 Zamawiający zapisał: *podać maksymalną możliwą ilość punktów podparcia pojazdu w czasie pracy drabiny*. W tym wierszu wybrany wykonawca zapisał, że pojazd posiada 8 punktów podparcia, a dalej podał informacje na temat blokady tylnego zawieszenia i osi przedniej pojazdu, uzasadniając, że koła pojazdu stanowią punkty podparcia.

Złożona przez wybranego wykonawcę informacja stanowi złożenie nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Rzeczą oczywistą jest, że winna zachodzić pełna korelacja pomiędzy punktami 4.4. i 4.6. W kołach pojazdu nie zastosowano systemu mikroprocesorowego zapewniającego permanentną kontrolę stanu podparcia i przekazującego informacje operatorowi, a nawet gdyby tak było, kontakt opon z podłożem uzależniony jest przede wszystkim od ukształtowania terenu i w wielu przypadkach jest niemożliwy. W związku z powyższym koła nie mogą być traktowane jako punkty podparcia samochodu umożliwiające pracę w każdym przypadku w pełnym jej zakresie.

Biorąc pod uwagę fakt, że ilość punktów podparcia, to parametr podlegający ocenie (zgodnie z pkt. 4.6.), należy stwierdzić, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, więc powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta – odrzucona.

Zamawiający zaniechał więc czynności, do której był zobowiązany z mocy ustawy. Obowiązek blokady tylnego zawieszenia i osi przedniej pojazdu wynika z przepisów i nie jest żadnym rozwiązaniem poprawiającym ponad wymagane parametry techniczne pojazdu.

Poza tym wykonawca ten podał inną nieprawdziwą informację – w pkt. 4.4. podał również, iż *drabina musi mieć możliwość pracy w przypadku wysuwu podpór tylko z jednej strony oraz możliwość pracy drabiny w przypadku, gdy nie jest możliwe maksymalne rozstawienie podpór*. Wybrany wykonawca potwierdził w sposób dosłowny spełnienie stawianego warunku.

Jest to również wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy, czyli naruszenie art. 93 ust. 7 [powinno być: art. 93 ust. 1 pkt 7] ustawy Prawo zamówień publicznych. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 czerwca 2007 r. *w sprawie wykazu wyrobów służących zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia, a także zasad wydawania dopuszczenia tych wyrobów do użytkowania oraz dyrektywy Unii Europejskiej* nie dopuszczają możliwości pracy drabiny przy podporach wysuniętych tylko z jednej strony. W pkt. 4.3.24.2.9 wyżej cytowanego rozporządzenia zapisano m.in., *iż drabiny powinny być wyposażone w urządzenia blokujące pracę zespołu podnoszenia do chwili całkowitego sprawienia podpór.*

Wynika z tego jednoznacznie, że jeżeli oferowany pojazd spełnia wymagania Zamawiającego, to nie spełnia wymagań rozporządzenia, w związku z czym nie może być stosowany w jednostkach ochrony przeciwpożarowej.

Kolejną wadą postępowania jest naruszenie przez Zamawiającego art. 96 ustawy Prawo zamówień publicznych i wydanego na jego podstawie Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 listopada 2007 r. *w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.* Mimo dyspozycji art. 96 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że zamawiający sporządza pisemny protokół w trakcie prowadzonego postępowania, protokół nie został jeszcze sporządzony pomimo że upłynął termin składania ofert. Protokół sporządzony niezgodnie z cytowanym rozporządzeniem, podpisany przez osobę nieuprawnioną, bez wymaganej daty podpisu został przesłany Odwołującemu 12 września 2008 r. tj. 4 dni po rozstrzygnięciu postępowania, mimo że § 5 ust. 1 ww. rozporządzenia stanowi, *iż zamawiający umożliwia w swojej siedzibie sporządzenie kopii lub odpisów protokołu wraz za załącznikami.*

W pkt. 21.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zapisał, *iż komisja wybierze ofertę najkorzystniejszą,* co jest naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast zadania komisji przetargowej określa art. 20 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wadliwie sporządzonego protokołu nie podpisał nawet w imieniu kierownika Zamawiającego przewodniczący komisji przetargowej, a „ekspert”

Zamawiającego w sprawach formalnoprawnych – Naczelnik Wydziału Kwatermistrzowskiego.

22 września 2008 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu rozstrzygnięcie protestu – jego oddalenie.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący powinien wykazać, iż w wyniku uwzględnienia protestu i powtórzenia oprotestowanych czynności lub dokonania czynności bezprawnie zaniechanej uzyska zamówienie – więc stwierdzając, że Zamawiający uniemożliwił mu ubieganie się o uzyskanie zamówienia w powtórzonym postępowaniu okazuje, iż nie posiada interesu prawnego w oprotestowaniu obecnie prowadzonego postępowania. Zamawiający, powołując się na orzecznictwo i komentarze stwierdził, iż interes prawny musi doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy i polegać na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. O braku interesu prawnego świadczy nie tylko żądanie unieważnienia postępowania, lecz również to, że Odwołujący nie oprotestował odrzucenia swojej oferty, a tym samym samodzielnie wyłączył się z udziału w postępowaniu. Nawet gdyby Odwołujący skutecznie oprotestował czynności oceny i zaniechania odrzucenia wybranej oferty i tak nie miałyby to wpływu na uzyskanie przez niego zamówienia.

W związku z oddaleniem protestu 27 września 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 1 października 2008 r.), w którym podtrzymał zarzuty, argumenty i żądania protestu.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz dokumentów i oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący uzasadnił interes prawny we wnoszeniu protestu i odwołania tym, iż Zamawiający swoim działaniem uniemożliwił

Odwołującemu ubieganie się o uzyskanie zamówienia w powtórzonym postępowaniu, czyli naraził na uszczerbek jego interes prawny.

Natomiast skład orzekający Izby podziela pogląd Zamawiającego – dominujący również w orzecznictwie sądów okręgowych. Niezbędną przesłanką korzystania ze środków ochrony prawnej jest naruszenie interesu prawnego wykonawcy. Skład orzekający Izby uznał, iż w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący takiego interesu nie posiada. Jakkolwiek istnieją sytuacje, gdy podmiot może posiadać interes prawny w żądaniu unieważnienia postępowania (np. jak wymienione w akapicie dotyczącym „innego podmiotu”), nie dotyczą one jednak takiej, jak istniejąca w przedmiotowym postępowaniu.

Co do zasady bowiem interes prawny w uzyskaniu zamówienia powinien dotyczyć konkretnego postępowania, w którym podmiot bierze udział i w tym postępowaniu doznać uszczerbku polegającego na tym, że traci on możliwość jego wygrania. Jeżeli wykonawca został wykluczony z postępowania lub jego oferta odrzucona, jego interes prawny ogranicza się wyłącznie do zarzutów, których uwzględnienie może doprowadzić do ponownego udziału w tym postępowaniu. Odwołujący tymczasem nie neguje poprawności odrzucenia jego oferty ze względu na okres gwarancji, zatem nie ma już możliwości uczestniczenia w tym postępowaniu.

Podobny pogląd wyraża wiele wyroków sądów. Przykładowo – w wyroku z 5 lutego 2008 r. (sygn. akt V Ca 9/08) Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził, iż *konsekwencją stwierdzenia prawidłowości odrzucenia oferty (...) musi być uznanie, że ten wykonawca utracił tym samym możliwość skutecznego merytorycznie skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Prawie zamówień publicznych w celu podważenia wyniku danego postępowania o udzielenie zamówienia, czyli wyboru jako najkorzystniejszej oferty innej firmy. Wykonawca, którego oferta jest skutecznie odrzucona przestaje być podmiotem, co do którego można twierdzić, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznaje lub może doznać uszczerbku. (...) Przesłanką zasadności środka odwoławczego jest jedynie uszczerbek w możliwości uzyskania zamówienia, nie zaś jakikolwiek uszczerbek w interesie prawnym wykonawcy. (...) Interes prawny*

w uzyskaniu zamówienia musi odnosić się do postępowania, w którym składany jest środek odwoławczy. (...) Skoro więc oferta (...) została odrzucona oczywistym jest, że ten podmiot nie ma już możliwości uzyskania zamówienia w danym postępowaniu. Nie istnieje więc przesłanka uszczerbku w jego interesie prawnym (w rozumieniu powyżej przytoczonym), co z kolei przekreśla możliwość skutecznego zaskarżenia działań zamawiającego w zakresie wyboru oferty innego wykonawcy.”

Podobne stanowisko wyraża Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim w wyroku z 21 kwietnia 2005 r. (sygn. akt II Ca 201/05), który stwierdza, iż *interes prawny ma tylko ten podmiot, na którego sferę pozwaną może oddziaływać bezpośrednio lub pośrednio wynik danego postępowania. (...) Dotychczasowe orzecznictwo wskazuje na częstotliwość zjawiska dążenia przez wykonawców do unieważnienia postępowania. Wykonawcy wnosili w tym celu przewidziane w ustawie środki odwoławcze uzasadniając swój interes prawny możliwością uczestnictwa w kolejnym postępowaniu o zamówienie publiczne, a tym samym kolejną szansą na jego uzyskanie (...) Takie jednak rozumienie interesu prawnego nie znalazło oparcia (...) [w dotychczasowym orzecznictwie]. Sąd Okręgowy uznał, że domaganie się przez skarżącego – wykonawcę odrzucenia oferty innego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tak, aby spowodować unieważnienie postępowania z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu i stworzenie w przyszłości możliwości ponownego uczestnictwa w nowym przetargu, nie może być uznane za udowodnienie interesu prawnego.*

Jest to uzasadniane między innymi tym, iż zamawiający nie musi ogłaszać kolejnego postępowania lub prowadząc takie, może nie skierować zaproszenia do danego wykonawcy. Poza tym, nie ma żadnej pewności, iż oferta tego wykonawcy zostanie uznana za najkorzystniejszą, albo – jak w niniejszym postępowaniu – wykonawca ponownie nie uzna, iż wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia są zbyt „bezsensowne”, by się do nich stosować.

Podmiotu, który w danym postępowaniu posiadał status wykonawcy, lecz który utracił go ze względu na odrzucenie jego oferty nie można również uznać za *inny podmiot* uprawniony do wniesienia środka ochrony prawnej, które to pojęcie jest przypisywane głównie przedsiębiorcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego, którzy nie stali się wykonawcami ze względu na to, że zostali przez zamawiającego pozbawieni możliwości udziału w postępowaniu – nie zostali jego uczestnikami np. ze względu na zastosowaną zamkniętą procedurę udzielenia tego zamówienia, brak ogłoszenia o zamówieniu lub jego sformułowanie utrudniające albo uniemożliwiające wzięcie udziału w postępowaniu, względnie powodujące taki skutek sformułowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia (tak np. W. Hartung, P. Laudański i inni *Zamówienia publiczne po nowelizacji 2006* str. 385 – 386, J. Baehr, T. Czajkowski i inni *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. III 2007 str. 506, P. Granecki *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 2007 str. 400).

Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdził, iż część zarzutów dotyczy postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie natomiast z art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przy postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego i o określonej przez Zamawiającego wartości, tj. przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, protest dotyczący postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 14 dni od zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej.

Niedopuszczalne jest bowiem, by wykonawca, wiedząc o nieprawidłowościach w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – zwłaszcza mogących być przedmiotem unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a łatwych do usunięcia na etapie „przed składaniem ofert” – czekał z ich wskazaniem do momentu, gdy jego oferta straci możliwość bycia uznaną za najkorzystniejszą i dopiero wtedy podnosił zarzuty mające na celu unieważnienie postępowania.

W ww. wyroku z 5 lutego 2008 r. Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził również, iż *brak uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy w uzyskaniu zamówienia (...) nie oznacza, że postępowanie odwoławcze nie może się rozpocząć, lecz jedynie, że odwołanie wniesione w takich warunkach zostanie oddalone. (...) Zespół Arbitrów trafnie odstąpił od badania zarzutów odwołującej się spółki (...) skoro w okolicznościach tego postępowania ta czynność zamawiającego nie mogła być oceniona jako naruszająca interes prawny odwołującego się...*

Zarzuty podniesione przez Odwołującego podczas rozprawy nie były rozpatrywane, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako że skład orzekający Izby nie może orzekać co do zarzutów, które nie były objęte protestem. Jednak, zgodnie z tym przepisem, skład orzekający Izby wziął pod uwagę z urzędu okoliczności, które mogłyby skutkować unieważnieniem postępowania i uznał, iż w niniejszym postępowaniu nie wystąpiły wady postępowania skutkujące jego unieważnieniem.

Po pierwsze – nawet Odwołujący przyznał podczas rozprawy, iż oferowany pojazd może jednocześnie spełniać wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia i rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 czerwca 2007 r. *w sprawie wykazu wyrobów służących zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia, a także zasad wydawania dopuszczenia tych wyrobów do użytkowania oraz dyrektywy Unii Europejskiej* – jeżeli Zamawiający oceniałby 4, a nie 8 punktów podparcia.

Po drugie – w niniejszym postępowaniu, gdzie tylko jedna oferta podlegała ocenie, nie ma wpływu na wynik postępowania sposób przyznawania punktacji w ramach kryteriów oceny ofert – niezależnie od tego, czy oferta ta uzyskalaby punktów 95, czy też np. 90 albo 80, i tak byłaby uznana za najkorzystniejszą.

Po trzecie – jak wynika z przedstawionej dokumentacji postępowania – zadania komisji nie przekraczają jej ustawowych kompetencji – wszystkie decyzje podejmował kierownik Zamawiającego.

Po czwarte – nawet jeśli Zamawiający uchybił obowiązkowi sporządzenia lub udostępnienia protokołu, to nie jest to wada skutkująca aż unieważnieniem postępowania, poza tym została już usunięta.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....