

Sygn. akt: KIO/UZP 1203/09

**WYROK**  
**z dnia 7 października 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Ryszard Tetzlaff</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Klaudia Szczytowska-Maziarz</b>
	<b>Barbara Bettman</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Dorota Witak</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ARGOS-1 Sp. z o.o., 25-511 Kielce, ul. 1-go Maja 72** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Świętokrzyskie Centrum Onkologii Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, 25-734 Kielce, ul. Artwińskiego 3** protestu z dnia 31 lipca 2009 r.<sup>1</sup>

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **ARGOS-1 Sp. z o.o., 25-511 Kielce, ul. 1-go Maja 72** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **ARGOS-1 Sp. z o.o., 25-511 Kielce, ul. 1-go Maja 72,**
- 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 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) 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 **ARGOS-1 Sp. z o.o., 25-511 Kielce, ul. 1-go Maja 72.**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na ochronę osób i mienia oraz dostarczenie, zainstalowanie, konserwację sprzętu audiowizualnego w Świętokrzyskim Centrum Onkologii przy ul. Artwińskiego 3 a-c, Jagiellońskiej 74 a-b, Gwarków 1 (EZP 241-28/09), zostało wszczęte przez Świętokrzyskie Centrum Onkologii w Kielcach, ul. Artwińskiego 3, 25-734 Kielce, zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 89-128727 w dniu 09.05.2009 r.

W dniu 22.07.2009 r. (pismo z dnia 21.07.2009 r.) Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” będącego rezultatem częściowego uwzględnienia protestu z dnia 09.07.2009 r. i ponownej, zgodnie z żądaniami, analizy ofert w tym oferty firmy: ARGOS-1 sp. z o.o. , ul. 1-go Maja 72, 25-511 Kielce zwanej dalej: „ARGOS-1” albo „Protestującym” albo „Odwołującym”. Zamawiający w wyniku powtórzonych czynności uznał za niezgodną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” i odrzucił ofertę złożoną przez firmę ARGOS -1 (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp); w zakresie: w zał. Nr 2 do SIWZ, a mianowicie:

1. brak tablicy synoptycznej,
2. brak rozwiązań sprzętowo- technicznych określonych w zał. 1 do SIWZ, a mianowicie:  
*"...Obsługa szlabanu wjazdowego na Budynek Z (prosektorium) zostanie przeniesiona na posterunek nr 1 (budynek „P”) lub na budynek Administracji. Obsługa bramy wjazdowej na Ciepłownię w ciągu dnia zostanie przeniesiona do pomieszczeń mistrza zmianowego (rozwiązanie techniczne dostarcza wykonawca).....”.*

Ponadto firma ARGOS-1, w ocenie Zamawiającego, nie złożyła wymaganych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wymienionych w pkt IV, ppkt 8 SIWZ, tj. wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należycie - minimum 3 zamówień zgodnych z przedmiotem zamówienia o wartości co najmniej 500.000,00 zł (wartość w skali roku) każda - Załącznik nr 3 - wartość zamówienia w ofercie została podana jako wartość przybliżona powyżej 500.000,00 zł., co jest niezgodne z Załącznikiem nr 3 kolumną 5 (Wartość zamówienia brutto zł./rok). W konsekwencji, jak poinformował Zamawiający, Wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a jego ofertę uznaje się za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

W dniu 31.07.2009 r. (wpływ bezpośredni do Zamawiającego, pismo z dnia 30.07.2009 r.) firma: ARGOS-1 złożyła protest na odrzucenie swojej oferty, wykluczenie z udziału w postępowaniu oraz unieważnienie postępowania. Protestujący wskazał, że unieważnienie postępowania zostało dokonane z naruszeniem Pzp, a jednocześnie naraża go na poniesienie wymiernej straty finansowej. Ma interes prawny we wniesieniu protestu, gdyż w razie uwzględnienia protestu jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 179 ust. 1 Pzp, poprzez uwzględnienie protestu (w części dotyczącej uznania za niezgodną z treścią SIWZ oferty złożonej przez Protestującą), złożonego przez podmiot, którego interes prawny (jak wynika z rozstrzygnięcia Zamawiającego) nie doznał uszczerbku, gdyż jego oferta i tak została odrzucona, a on sam wykluczony z postępowania,
- b) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez uznanie oferty Protestującego za niezgodną z treścią SIWZ, a w konsekwencji jej odrzucenie,
- c) art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Protestującego do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień dotyczących ich treści,
- d) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez bezpodstawne wykluczenie Protestującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

Wnosił o:

- a) unieważnienie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty,
- b) uchylene decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania,
- c) zawarcie umowy z Protestującym.

Protestujący wskazał, że w dniu 02.07.2009 r. Zamawiający poinformował o wyborze jego oferty zgodnie z kryteriami zawartymi w SIWZ. Przedmiotowym pismem zawiadomiono również o wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert firm: 1) Solid Security Sp. z o.o.; 2) Konsorcjum spółek Impel Security Polska sp. z o.o. oraz Impel Security Provider Sp. z o.o.; 3) Securitas Polska sp. z o.o. Pismem z dnia 10.07.2009 r. Zamawiający zawiadomił o wpływie w dniu 09.07.2009 r. protestu Securitas Polska sp. z o. o., a pismem z dnia 14.07.2009 r. o wniesieniu protestu w dniu 13.07.2009 r. przez Konsorcjum spółek Impel Security Provider sp. z o.o. oraz Impel Security Polska sp. z o.o.

W wyniku złożonych protestów Zamawiający nie unieważnił swoich czynności dotyczących odrzucenia ofert i wykluczenia ww. oferentów z postępowania. W ocenie Protestującego, Zamawiający uznał, że obie oferty podlegałyby odrzuceniu nawet gdyby Wykonawcy złożyli oświadczenia i dokumenty na wezwanie Zamawiającego (art. 26 ust. 3 Pzp).

Protestujący podniósł, że aby wykonawca mógł skorzystać ze środków ochrony prawnej musi wykazać swój interes prawny. Innymi słowy musi udowodnić, że jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy (art. 179 ust. 1 Pzp). Interes prawny rozumiany jest w ten sposób, że w wyniku uwzględnienia protestu czy odwołania dany wykonawca miałby szansę wygrać postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Inaczej mówiąc protesty czy odwołania mogą dotyczyć czynności czy zaniechania zamawiającego, które uniemożliwiły wykonawcy wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Jeśli zatem mimo uznania protestu, oferta wykonawcy i tak podlega odrzuceniu, przy czym nie ma on szans na wygranie postępowania, gdyż zostanie ono unieważnione, nie przysługuje mu uprawnienie do złożenia protestu. Protestujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku, sygn. akt: II Ca 104/06 wskazując, że wykonawca nie ma interesu prawnego w złożeniu środka zaskarżenia, gdy nie ma on szans na wygranie przetargu, a postępowanie w wyniku wniesionego przez niego środka ochrony prawnej zostałoby unieważnione. Interes prawny nie odnosi się bowiem do przyszłej procedury, a dotyczy jedynie tej, w której wykonawca składa protest czy odwołanie. Podobne także w wyroku Sądu Okręgowego z dnia 10.04.2003 r. (sygn. akt: V Ca 165/03): „*Do wnoszenia środków ochrony prawnej uprawniony jest podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia, który wykaże, że jest w stanie uzyskać dane zamówienie publiczne*”. Unieważnienie postępowania wskazuje na to, iż ani Securitas Polska sp. z o.o., ani konsorcjum spółek impel Security Polska sp. z o.o. oraz Impel Security Provider sp. z o.o. nie wykazali, iż są w stanie uzyskać dane zamówienie publiczne, a tym samym nie miały interesu prawnego, aby móc skorzystać ze środków ochrony prawnej, jakim był w tym wypadku protest.

W powiadomieniu z dnia 21.07.2009 r. Zamawiający zarzucił Protestującemu, iż jego oferta jest niezgodna ze SIWZ w zakresie: w zał. Nr 2 do SIWZ, a mianowicie:

1. brak tablicy synoptycznej,
2. brak rozwiązań sprzętowo - technicznych określonych w zał. 1 do SIWZ, a mianowicie: *„... Obsługa szlabanu wjazdowego na Budynek Z (prosektorium) zostanie przeniesiona na posterunek nr 1 (budynek „P”) lub na budynek Administracji. Obsługa bramy wjazdowej na Ciepłownię w ciągu dnia zostanie przeniesiona do pomieszczeń mistrza zmianowego (rozwiązanie techniczne dostarcza wykonawca)....”* i zostaje odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzut ten jest w ocenie Protestującego bezzasadny, gdyż jego oferta spełnia wszystkie wymogi, o których mowa w załączniku nr 1 i załączniku nr 2 do SIWZ. Ponadto Zamawiający nie wzywał Protestującego do uzupełnienia oferty. Zamawiający w SIWZ Rozdz. IV (Wykaz wymaganych dokumentów) zawarł informacje, iż celem potwierdzenia spełnienia warunków, stawianych Wykonawcom przez Zamawiającego oraz dla uznania formalnej poprawności oferta musi zawierać pewne dokumenty. W pkt 14 zostały wymienione (jako wymagane do dołączenia do oferty przetargowej): Załącznik nr 1, Załącznik nr 1A, Załącznik nr 2. Protestujący dołączając do oferty podpisany załącznik nr 1 potwierdził spełnienie wszystkich warunków stawianych oferentom, a zapisanych w załączniku, zobowiązał się również do montażu sprzętu audiowizualnego w miejscach, które wynikały z zapisów załącznika. Zamawiający, poprzez określenie: *„...Obsługa bramy wjazdowej na Ciepłownię, w ciągu dnia zostanie przeniesiona do pomieszczeń mistrza zmianowego (rozwiązanie techniczne dostarcza wykonawca)”* nie określił również jednoznacznie, aby takie rozwiązanie musiało być zaproponowane już na etapie składania ofert, tj. jako załącznik do oferty. Z takiego zapisu może wynikać również, iż oferent który wygra postępowanie przetargowe będzie musiał takie rozwiązanie techniczne zaproponować w trakcie realizacji umowy zwłaszcza, że powinno ono zostać na roboczo uzgodnione z Zamawiającym. Nadmieniał, iż Protestujący w swoim piśmie z dnia 13.05.2009 r. zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie i sprecyzowanie pewnych zapisów SIWZ. W pkt 3 przedmiotowego pisma zwrócił się z wnioskiem o sprecyzowanie wymagań stawianych *„Obsłudze bramy wjazdowej na Ciepłownię, w ciągu dnia zostanie przeniesiona do pomieszczeń mistrza zmianowego (rozwiązanie techniczne dostarcza wykonawca)”*, zadając jednocześnie pytanie: *„co Zamawiający rozumie przez taki zapis?”*. W odpowiedzi Zamawiającego (pismo z dnia 15.05.2009) znalazło się następujące sformułowanie: *„Wjazd i dostęp na teren Ciepłowni (brama wjazdowa) sterowana z pokoju mistrzów z jednoczesnym podglądem i obserwacją (z archiwizacją zdarzeń)”*. Z informacji uzyskanych od Zamawiającego jako wyjaśnienie treści SIWZ również nie wynika, aby rozwiązanie techniczne oferent musiał zawrzeć w swojej ofercie.

Istotne w ocenie Protestującego jest również to, że może on technicznie wykonać prace związane z obsługą bramy wjazdowej na Ciepłownię bez zaangażowania dodatkowego sprzętu. Podobnie ma się rzecz z rzekomym brakiem tablicy synoptycznej w załączniku. Protestujący, podpisując i dołączając Załącznik nr 1 do SIWZ do swojej oferty potwierdził, iż alarmy będą widziane na synoptycznej tablicy alarmów usytuowanej na posterunku nr 1 (PS1).

Protestujący zarzucił dodatkowo Zamawiającemu, iż zapis zawarty przez Zamawiającego z załączniku nr 1 (*"Dodatkowo alarmy powinny być widziane na synoptycznej tablicy alarmów usytuowanej na posterunku nr 1 (PS1)"*) mógł sugerować, że taka tablica synoptyczna jest już usytuowana na przedmiotowym posterunku. Zaznaczył, iż stwierdzenie „powinny” nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem: „muszą”. Bardziej precyzyjnym zapisem byłby zapis np: *„Dodatkowo alarmy muszą być widziane na synoptycznej tablicy alarmów, którą wykonawca usytuuje na posterunku nr 1 (PS1)”*.

Zaznaczył także, iż funkcję tablicy synoptycznej Protestujący zamierza zrealizować na zaproponowanych urządzeniach wymienionych w ofercie w specyfikacji sprzętu. Jeżeli Zamawiający, pomimo oświadczenia Protestującego zawartego w pkt 3 formularza oferty (w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia) miał dylemat, czy proponowany sprzęt zrealizuje zadania tablicy synoptycznej, winien wezwać Protestującego do złożenia wyjaśnień. Z takiego narzędzia Zamawiający skorzystał w sytuacji wyjaśnienia dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Załącznik nr 2 do specyfikacji nie operuje pojęciem tablicy synoptycznej. Nie bez znaczenia jest w tym wypadku także, w ocenie Protestującego - zamieszczony przez Zamawiającego w Rozdz. V SIWZ - zapis: *"Zamawiający odrzuci ofertę, jeżeli: ... - jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodującej istotnych zmian treści oferty"*.

Zamawiający zarzucił Protestującemu także, iż w Wykazie wykonanych usług, stanowiących załącznik nr 3 do SIWZ, który był jednocześnie załącznikiem do oferty, wartość zamówienia była podana jako wartość przybliżona i tym samym była niezgodna z kolumną 5 ww. załącznika. Oferta według Zamawiającego - w tym wypadku - podlegała wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp. Zarzut ten jest również bezzasadny. Zamawiający w SIWZ Rozdz. III (Warunki konieczne do spełnienia przez wykonawców) pkt 1 b) zawarł wymóg, iż o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawiają pisemne zobowiązanie podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Zaznaczył jednocześnie, iż ocena spełnienia ww. warunków zostanie dokonana zgodnie z formułą *„spełnia - nie spełnia”*, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach wyszczególnionych

w dalszej części SIWZ i że z treści załączonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, iż warunki niniejsze wykonawca spełnił. W pkt 8 Rozdz. IV (Wykaz wymaganych dokumentów) został wymieniony (jako wymagany do dołączenia do oferty przetargowej): „8) wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należycie - minimum 3 Zamówień zgodnych z przedmiotem zamówienia o wartości co najmniej 500.000,00 zł. (wartość w skali roku) każda - Załącznik nr 3.”

Zamawiający ww. sformułowaniami wskazał konkretne wymagania, które winien spełniać wykonawca, zapewniając sobie tym samym odpowiedni efekt w postaci późniejszej realizacji usług przez Wykonawcę wykazującego się odpowiednim doświadczeniem zawodowym i wiedzą. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie. Zamawiający skonkretyzował warunek [minimum 3 zamówień zgodnych z przedmiotem zamówienia o wartości co najmniej 500.000,00 zł. (wartość w skali roku) każda], by możliwa była rzetelna weryfikacja jego spełnienia przez wykonawców. Z dyspozycji art. 22 w zw. z art. 24 ust 1 pkt. 10 Pzp wynika, że Zamawiający w postępowaniu o zamówienie publiczne jest zobowiązany do określenia, w sposób możliwie szczegółowy, warunków udziału wykonawców i oceny spełnienia tych warunków. Precyzyjne określenie warunków ma na celu zarówno ochronę interesów potencjalnych wykonawców zgłaszających się do udziału w postępowaniu, jak również zabezpiecza dobrze pojęty interes Zamawiającego w sprawnym przeprowadzeniu postępowania, którego celem jest zawarcie umowy, a następnie jej realizacja. W tym zamówieniu Zamawiający szczegółowo doprecyzował warunki udziału w postępowaniu, a Protestujący, składając oświadczenie, że posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia), a także załączając wykaz trzech zamówień (zgodny z załącznikiem nr 3 do SIWZ) realizowanych w ciągu ostatnich trzech lat odpowiadających charakterowi niniejszego zamówienia (wartość brutto minimum 500.000,00 zł/rok). potwierdzony dokumentami (że te usługi zostały wykonane należycie), spełnił tym samym nałożone przez Zamawiającego warunki, jakie musieli spełnić wykonawcy.

Wartości realizowanych zamówień określonych przez Protestującego jako „powyżej 500.000,00 zł. brutto/rok” nie mogą zostać uznane przez Zamawiającego jako podstawa do odrzucenia oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ intencje ustawodawcy dające Zamawiającemu narzędzie do weryfikacji oferentów zostały wypełnione. Zamawiający

nie zastrzegł w SIWZ, aby wartości kontraktów były podane wg określonych przez niego wytycznych, a wymagał jedynie spełnienia warunku kwoty powyżej 500.000,00 zł brutto/rok, co Protestujący uczynił. Tak jak w wypadku zastrzeżeń dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, powinien wezwać Protestującego do przedstawienia oświadczenia potwierdzającego spełnienie tego wymogu.

Nadmienił, iż pismem z dnia 15.07.2009 r. Zamawiający (w związku z wniesionym protestem przez firmę Securitas Polska sp. z o.o. z dn. 09.07.2009 r.) zwrócił się do Protestującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W swoim piśmie Zamawiający nie zawarł prośby o wyjaśnienie innych elementów oferty, co do których pojawiły się zarzuty w proteście Securitas Polska sp. z o.o. W odpowiedzi na pismo Zamawiającego Protestujący złożył w dniu 16.07.2009 r. (w terminie określonym przez Zamawiającego) wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (z załączeniem kalkulacji kosztów roboczogodziny). Wyjaśnienia Zamawiający uznał jako wystarczające i nie powodujące odrzucenia oferty, skoro jak wskazał, zarzuty w temacie ceny oferty nie pojawiły się w uzasadnieniu odrzucenia oferty Protestującego i unieważnienia przetargu (pismo Zamawiającego z dnia 21.07.2009 r.).

W dniu 31.07.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w trybie art. 183 ust. 3 Pzp, poprzez brak jego rozpatrzenia, tj. oddalenie w dniu upływu ustawowego terminu na jego rozstrzygnięcie, czyli 11.08.2009 r.

W dniu 13.08.2009 r. (data nadania w placówce pocztowej operatora publicznego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty i wnioski zawarte w proteście.

Podtrzymał swoje stanowisko, że wobec podtrzymania decyzji o odrzuceniu ofert wskazanych pismem z dnia 02.07.2009 r. decyzja o wyborze oferty Odwołującego z tego samego dnia stała się ostateczna i Zamawiający powinien zawrzeć z nim umowę. Z ostrożności procesowej podtrzymał także, że uznaje za bezzasadne odrzucenie jego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, gdyż załączył wymagane załącznik nr 1, 1a i 2, jak i zobowiązał się do montażu sprzętu audiowizualnego w miejscach, które wynikały z załącznika. Ponadto podtrzymał, że tak z SIWZ, jak i z informacji uzyskanych od Zamawiającego jako wyjaśnienie treści SIWZ nie wynika, aby rozwiązanie techniczne oferent musiał zawrzeć w swojej ofercie. Zaznaczył, iż funkcję tablicy synoptycznej Odwołujący zamierza zrealizować na zaproponowanych urządzeniach wymienionych w ofercie w specyfikacji sprzętu. Zauważył także, że w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego



Zamawiający podniósł zarzut niespełnienia wymogu, którego nie żądał w postępowaniu, gdyż załącznik nr 2 do SIWZ nie operuje pojęciem tablicy synoptycznej. - dowód: wzór załącznika nr 2 do SIWZ, a pismo Zamawiającego z dnia 21.07.2009 r.

Podniósł, iż Zamawiający wykazał nową okoliczność (czynność oceny treści załącznika nr 3, którego treść nie była oprotestowana). Jak wynika z treści protestu Securitas Polska sp. z o.o. oraz pisma Zamawiającego z dnia 21.07.2009 r., w którym ustosunkował się do zarzutu zawartego w pkt 4, Zamawiający oddalił zarzut w zakresie niezgodności z SIWZ załączników nr 1, 2 i 4 oraz rażąco niskiej ceny. Securitas Polska sp. z o.o. nie oprotestował niezgodności załącznika nr 3 z SIWZ, a podzielił się jedynie swoimi wątpliwościami (cyt: *"Naszym zdaniem ujęte w wykazie firmy „Kompania Piwowarska S.A. dotyczy Browaru Kielce” oraz firma „Vive Textile Recycling” podane wartości są wątpliwe. Najprawdopodobniej wartości kontraktów są zawyżone. Nasze przypuszczenia są oparte na fakcie, że spółka pozostawała w kontaktach gospodarczych z tymi firmami"*). Protestujący stwierdził, że zastanawiające jest na czym oparł Zamawiający tezę: *„Ponadto wykonawca ..... nie złożył wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wymienionych w SIWZ pkt. IV”* ujętą w *„Zawiadomieniu o wykluczeniu wykonawcy (Odwołującego)..."*, skoro w SIWZ nie zażądał potwierdzenia realizacji kontraktów szczegółowymi referencjami zawierającymi stosowne kwoty. W ostateczności pozostaje wezwanie do uzupełnienia (zgodnie z art. 26 Pzp) zamiast natychmiastowego odrzucania oferty. Nie wzywając do uzupełnienia uznał, że dokumenty są wystarczające, zatem nie może to być przesłanka do skutecznego odrzucenia oferty. Kopie treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni).

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią protestu z 09.07.2009 r. oraz jego rozstrzygnięciem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Izba w tym kontekście wskazuje, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp uznaje za nie podlegający rozpoznaniu z uwagi na to, że dotyczy czynności, których Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 09.07.2009 r. (art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp).

Jednocześnie stwierdza, że z uwagi na przepis art. 187 ust. 4 oraz art. 191 ust. 1 i 2 Pzp Izba nie ma kompetencji do wydania postanowienia częściowego w przedmiocie odrzucenia odwołania i częściowego wyroku merytorycznego (por. wyrok KIO z dnia 09.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 394/09), toteż po przeprowadzeniu rozprawy uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp za nie podlegający rozpoznaniu. Izba nie podziela stanowiska, że dopuszczalne jest w tym zakresie wydanie rozstrzygnięć częściowych wskazując, że art. 184 ust. 6 Pzp, stanowiący odesłanie w zakresie nieuregulowanym przepisami ustawy do przepisów kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu przed sądem polubownym, nie daje podstawy do odpowiedniego stosowania przepisów kpc o trybie procesowym, tj. poprzez art. 13 § 2 kpc do art. 317 § 1 kpc, a to z tego względu, że na mocy art. 1184 § 2 zd. 2 kpc sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu (przepisami kpc). Tym samym niedopuszczalne jest na gruncie ustawy szczególnej w odniesieniu do ustawy KPC jaką jest Pzp odpowiednie stosowanie innych części kpc jak tylko przepisów o sędzie polubownym. W konsekwencji brak było podstaw prawnych do odrzucenia odwołania na posiedzeniu.

Jednakże, w ocenie KIO, oprotestowanie w dniu 31.07.2009 r. rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu Securitas Polska sp. z o.o., tj. jego częściowego uwzględnienia, a w rezultacie uznania treści oferty Odwołującego za niezgodną z treścią SIWZ, czyli odrzucenia jego oferty było spóźnione, gdyż było rezultatem ostatecznego rozstrzygnięcia protestu z dnia 09.07.2009 r. Izba wyjaśnia, że w dniu 09.07.2009 r. Securitas Polska sp. z o.o. złożyła protest na czynność Zamawiającego z dnia 02.07.2009 r. W ramach tego protestu przywołano argumentację przemawiającą za brakiem podstaw do odrzucenia oferty Securitas Polska sp. z o.o., ale także wskazano na wady w ofercie ARGOS-1. Jednym z zarzutów była m.in. niezgodność treści oferty ARGOS-1 z treścią SIWZ (zarzut nr 4, str.1 protestu). Stwierdzono (str. 3 protestu), że oferta: „(...) nie zawiera rozwiązań, które zamawiający określił w zał. Nr 2 do SIWZ a mianowicie:

1. brak tablicy synoptycznej,
2. brak rozwiązań sprzętowo- technicznych określonych w zał. 1 do SIWZ, a mianowicie:

*"...Obsługa szlabanu wjazdowego na Budynek Z (prosektorium) zostanie przeniesiona na posterunek nr 1 (budynek „P”) lub na budynek Administracji. Obsługa bramy wjazdowej na Ciepłownię w ciągu dnia zostanie przeniesiona do pomieszczeń mistrza zmianowego (rozwiązanie techniczne dostarcza wykonawca).....”.*

W dniu 10.07.2009 r. o złożeniu protestu w dniu 09.07.2009 r., jak i jego treści powziął informację Odwołujący (str. 2 protestu z dnia 31.10.2009 r., jak i odwołania 13.08.2009 r.). Odwołujący nie przystąpił do postępowania protestacyjnego toczącego się w wyniku wniesienia protestu z dnia 09.07.2009 r. W konsekwencji nie mógł wnieść odwołania na rozstrzygnięcie niniejszego protestu (pismo z dnia 21.07.2009 r.).

W ocenie Izby, odrzucenie oferty Odwołującego było rezultatem ostatecznego rozstrzygnięcia protestu z dnia 09.07.2009 r. Zamawiający wyraźnie bowiem wskazał, że: *„Dyrekcja Świętokrzyskiego Centrum Onkologii w Kielcach uprzejmie informuje, że w dniu 21.07.2009 r. w wyniku wniesionego protestu i po ponownej analizie ofert zatwierdziła propozycję Komisji przetargowej o unieważnieniu przetargu (...)”* *„(...)W wyniku powtórzonych czynności Zamawiający uznał za niezgodną z treścią SIWZ ofertę złożoną przez firmę ARGOS (...)”*. Następnie zaś przywołał te same okoliczności faktyczne, jakie przytoczono w proteście z dnia 09.07.2009 r.

W konsekwencji Odwołujący, rezygnując z przystąpienia do postępowania protestacyjnego, o którym powziął informację w dniu 10.07.2009 r. pozbawił się możliwości wnoszenia odwołania w zakresie odrzucenia swojej oferty. Wobec ostatecznego rozstrzygnięcia protestu z dnia 09.07.2009 r. brak jest podstaw prawnych, z uwagi na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, do skutecznego podnoszenia zarzutów względem rozstrzygnięcia protestu z dnia 09.07.2009 r., jak i będącego jego wynikiem odrzucenia oferty Odwołującego.

Wobec powyższego niniejszy zarzut Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Oдноśnie zarzutów naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień dotyczących ich treści, jak i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, Izba uznała, że nie odniesie się do ww. zarzutów z uwagi na brak interesu prawnego po stronie Odwołującego.

Izba wskazuje, że: *„Podzielając stanowisko zawarte w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych z 2004 r. „Środki ochrony prawnej – poradnik”, autorstwa Waldemara Łysakowskiego rozdział III skład orzekający uznał, iż brak jest materialno-prawnej przesłanki warunkującej skuteczność wniesienia środka ochrony prawnej przez Odwołującego w postaci interesu prawnego (art. 179 ust. 1). W związku z tym, stosując wykładnię gramatyczną i systemową powołanego wyżej przepisu, należy przyjąć, że wykazanie przez Odwołującego interesu prawnego jest jego obowiązkiem przy korzystaniu z każdego środka ochrony prawnej. Charakter prawny wymienionej przesłanki oznacza, że jej niewykazanie przez wnoszącego środek ochrony prawnej skutkuje oddaleniem wniesionego środka ochrony prawnej nawet wtedy, gdy środek ten jest merytorycznie uzasadniony, tj. zostało wykazane naruszenie przez zamawiającego przepisów Ustawy PZP, czy przepisów zawartych w aktach wykonawczych wydanych na tej podstawie.”* (wyrok KIO z dnia 19.12.2007 r., sygn. akt. KIO/UZP 1431/07). Ponadto, z uwagi na materialno - prawny charakter interesu prawnego podlega on rozpoznaniu na rozprawie.

Interes prawny istnieje wówczas, gdy w konkretnym, toczącym się postępowaniu, w wyniku naruszenia prawa przez Zamawiającego Wykonawca traci możliwość uznania jego

oferty za najkorzystniejszą (por. SO w Białymstoku z 31.03.2006 r., sygn. akt: II Ca 104/06, SO w Warszawie z 21.03.2006 r., sygn. akt: V Ca 2402/05).

W ocenie Izby, w odniesieniu do Odwołującego można mówić nie tylko o braku faktycznej możliwości uzyskania zamówienia, ale również o potencjalnej możliwości.

Jak bowiem ustalono bezspornie Odwołujący nie ma już możliwości kwestionowania rozstrzygnięcia protestu z dnia 09.07.2009 r., a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego stało się ostateczne. Odwołujący nie przystąpił do postępowania protestacyjnego wywołanego protestem z dnia 09.07.2009 r., a rezultat ostatecznego rozstrzygnięcia ww. protestu nie może być oprotestowany mocą kolejnego protestu z dnia 31.07.2009 r.

W wyniku powyższych okoliczności odrzucenie oferty Odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ nabrało mocy prawnej, a zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, będące wynikiem nowej czynności Zamawiającego, tj. powtórzenia badania i oceny ofert nie będą podlegały merytorycznemu rozpatrzeniu, gdyż Odwołujący nie jest już uczestnikiem przedmiotowego postępowania i nie ma już nawet potencjalnej możliwości, aby uzyskać zamówienie. Powyższe jest wynikiem braku z jego strony przystąpienia do wcześniejszego postępowania protestacyjnego z dnia 09.07.2009 r. Nawet ewentualne uwzględnienie niniejszego zarzutu nie miałoby wpływu na wynik postępowania (art. 191 ust. 1a Pzp)

Z uwagi na brak interesu prawnego Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku odnoszenia się merytorycznie do podniesionych przez Odwołującego zarzutów, co też czyni opierając się w tym względzie na wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 05.05.2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08: *„Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego. (...) W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu. Nie mniej w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku Izba, oprócz powyższej kwestii odniosła się również w sposób merytoryczny do podniesionych przez odwołującego zarzutów, czego w świetle powyższego nie musiała już czynić”.*

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, poprzez uwzględnienie protestu Izba wskazuje, że wydając rozstrzygnięcie nie ma uprawnień do uchylecia rozstrzygnięcia protestu. Orzeczenie Izby ma bowiem charakter orzeczenia co do istoty sprawy, podobnie zresztą - przy uwzględnieniu art. 198 ust. 2 Pzp - jak orzeczenie sądu okręgowego w sprawie skargi na orzeczenie Izby (por. sygn. akt: KIO/UZP 1134/09).

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. 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 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 **Kielcach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*