

Sygn. akt: KIO/UZP 1549/09

POSTANOWIENIE
z dnia 3 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Członkowie: **Klaudia Szczytowska - Maziarz**

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 3 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Pyramed Sp. z o. o. ul. Kołodzieja 30, 61 - 070 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr Władysława Biegańskiego w Grudziądzu, ul. Sikorskiego 32, 86 - 300 Grudziądz** protestu z dnia 25 września 2009 r.

przy udziale **JTA Investment Sp. z o. o. ul. Bytomska 8, 61 - 403 Poznań**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Pyramed Sp. z o. o. ul. Kołodzieja 30, 61 - 070 Poznań** 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 Pyramed Sp. z o. o. ul. Kołodzieja 30, 61 - 070 Poznań,

- 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 **Pyramed Sp. z o. o. ul. Kołodzieja 30, 61 – 070 Poznań,**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wyposażenia niemedyceznego oddziałów szpitalnych, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE 20099/S 80-115299 z 25.04.2009 r.) w dniu 25 września 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Pyramed Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu w zakresie części 3 zamówienia na dostawę maceratorów.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 18 września 2009 r. o odrzuceniu oferty odwołującego i o wyborze do realizacji 3 części zamówienia (dostawy maceratorów) oferty firmy JTA Investment Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – Regionalnemu Szpitalowi Specjalistycznemu im. dr Władysława Biegańskiego w Grudziądzu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655, Dz. U. z 2008 r. Nr 171 poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742), dalej zwaną ustawą Pzp, to jest:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez złamanie zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 2) art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy, przez dokonanie wyboru oferty firmy JTA Investment Sp. z o. o., która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, przez bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wskazanego w pkt 2, albowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez odrzucenie oferty odwołującego albowiem poprzez zaniechanie wykonania czynności opisanej w pkt 3 doszło do naruszenia zasady równości i tym samym nie zachodzi przesłanka do odrzucenia oferty odwołującego;

- 5) ewentualnie zachodzą przesłanki do odrzucenia ofert obu wykonawców tym samym kumulatywnie doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, przez zaniechanie unieważnienia postępowania;
- 6) w konsekwencji na zasadzie związku przyczynowo – skutkowego, utrzymanie wyniku postępowania, spowodowałoby naruszenie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy, przez wybór oferty z rażącym naruszeniem prawa;
- 7) zarzucił naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 ze zm.);
- 8) oraz art. 5 K.c., art. 58 § 1 i 2 K.c. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście,
- 9) takowe działanie, według odwołującego, stanowi jednocześnie złamanie art. 22 Pzp w związku z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319), która postanawia, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

Odwołujący powołał się na doznany uszczerbek interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia wskutek bezprawnych działań i zaniechań ze strony zamawiającego, a następnie wniósł o:

- 1) uwzględnienie protestu w całości;
- 2) unieważnienie rozstrzygnięcia postępowania;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert;
- 4) odrzucenie oferty wykonawcy JTA Investment Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu w oparciu o wszystkie przesłanki i podniesione zarzuty;
- 5) ewentualnie domagał się unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu zarzutów protestu odwołujący podniósł, iż naruszenie taksatywnie wymienionych przepisów ustawy Pzp polegało na wadliwie wykonanym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2009 r. o sygnaturze KIO/UZP 1079/09. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego, z powołaniem na okoliczność, że jej treść jest sprzeczna z treścią SIWZ, a jednocześnie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy JTA Investment Sp. z o. o. mimo, iż wniosek taki wynika wprost z treści wymienionego wyroku.

Zamawiający wymagał w SIWZ aby maceratory posiadały wymiary 500x1100x600 mm. Jednocześnie w piśmie z dnia 14 maja 2009 r. zawierającym odpowiedzi na zapytania wykonawców (nr 11), zamawiający wskazał, że wymagane gabaryty maceratorów mogą być powiększone o max. 50 mm. Odwołujący oświadczył, że maceratory zaoferowane w jego ofercie posiadają wymiary zgodne z SIWZ, a tym samym wyrok Izby w sprawie KIO/UZP

1079/09 uwzględniający odwołanie konkurencyjnego wykonawcy, uznał za rażąco sprzeczny z prawem i zasadami współżycia społecznego.

Krajowa Izba Odwoławcza w przywołanym wyroku na karcie 14 ustaliła, że zamawiający podał maksymalne wymiary urządzenia i jednoznacznie je określił w wielkościach 550x1150x650 mm. Zdaniem odwołującego także oferta JTA Investment Sp. z o. o. jest sprzeczna z SIWZ ponieważ wymiary urządzenia zaoferowane przez tego wykonawcę (str. 24 oferty, poz. 6) wynoszą: (50 cm szer.); (60 cm gł.); (104 cm wys.), a więc mniej niż wymagane. Folder zamieszczony na stronie 22 oferty, zawiera potwierdzenie wymiaru 1040mmx500mmx600mm.

Odwołujący zaznaczył, że brak reakcji zamawiającego powodowałby skutek petryfikowania stanu sprzecznego z prawem, a brak dokonania zaniechanych czynności objętych wnioskiem protestu, miałby wpływ na wynik postępowania. Zatem na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 zawarta umowa byłaby nieważna z mocy samego prawa. Kwestią następczą byłaby oczywista konieczność podjęcia akcji prawnej o usunięcie jej z obrotu prawnego na podstawie art. 189 kpc. Dla uzasadnienia swoich twierdzeń odwołujący przytoczył tezę z wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu I ACa 85/08 - "Prawomocne zakończenie postępowania odwoławczego na skutek kontroli uruchomionej w oparciu o środki ochrony prawnej przewidziane w art. 179 -198 p.z.p., nie rodzi powagi rzeczy osądzonej dla ewentualnego powództwa wytoczonego w trybie art. 189 k.p.c., którego celem jest ustalenie nieważności umowy zawartej w wyniku wadliwie, z naruszeniem bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo o zamówieniach publicznych przeprowadzonego przetargu."

Przytoczona argumentacja skłoniła odwołującego do wniosku, że na obecnym etapie postępowania bez dokonania zaniechanych czynności, całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obarczone jest wadą nieważności o jakiej mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec powyższego, podążając za treścią art. 58 § 1 K.c., stwierdził, iż "czynność prawna sprzeczna z prawem albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna." Przytoczył art. 5 K.c. stanowiący, iż nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, gdyż takie działania uprawnionego nie są zgodne z art. 58 § 2 K.c., który stanowi wprost, że nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego." Działania Zamawiającego polegające na bezprawnym zaniechaniu odrzucenia oferty oprotestowanego wykonawcy JTA Investment Sp. z o. o., która została uznana za najkorzystniejszą pomimo, że nie wypełnia znamion ustawowej definicji "oferty najkorzystniejszej" w opinii odwołującego, mają decydujący wpływ na uniemożliwienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach

równości i uczciwej konkurencji. Zmiana decyzji zamawiającego doprowadzi do stworzenia odwołującemu realnych szans na uzyskanie zamówienia, którym jest zainteresowany.

Odwołujący uprzedzająco zwrócił uwagę, iż niedopuszczalnym byłoby odrzucenie wniesionego protestu, z błędnym powołaniem się na okoliczność braku interesu prawnego po stronie protestującego wykonawcy. Przesłanka interesu prawnego ma charakter materialnoprawny, a więc wyłączone jest działanie o charakterze formalnym - proceduralnym o jakim mowa w art. 180 ust. 7 ustawy Pzp. W przekonaniu odwołującego, interes prawny może także polegać na możliwości pozyskania zamówienia publicznego w kolejnym ogłoszonym postępowaniu. Na poparcie swego stanowiska, odwołujący powołał się na wybrane poglądy doktryny i orzecznictwa, przytaczając tezy: Garczyńska-Wąs B. Rzeczpospolita 2008/10/24 "Kiedy wykonawca może żądać unieważnienia postępowania przetargowego, teza 1: „Interes prawny wykonawcy w uzyskaniu zamówienia przekracza (...amy jednej procedury przetargowej, Interes ten w istocie polega na zamiarze podpisania z zamawiającym umowy na świadczenie określonych usług czy też wykonanie określonych dostaw albo robót budowlanych. Dla wykonawcy nie ma przy tym znaczenia, czy nastąpi to w wyniku rozstrzygnięcia aktualnego czy kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Krześnicki I. Rzeczpospolita 2005/7/7 "Kłopot z interesem prawnym", teza 2: „Odrzucenie oferty lub wykluczenie wykonawcy nie zmienia jego statusu jako tego, który złożył ofertę, a więc ma legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej.” Kwieciński T. Rzeczpospolita 2004/9/29 Rzeczpospolita "Prawo do protestu służy przejrzystości postępowania," teza 1: Jeśli nawet uznać, że podmiot wykluczony (z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) traci status "wykonawcy", to nadal może być uznany za ów "inny podmiot". Ma on legitymację do wnoszenia środków odwoławczych nie tylko wtedy, gdy jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia został już naruszony, ale i wówczas, gdy może być naruszony w przyszłości. W związku z tym błędne jest utożsamianie interesu prawnego wyłącznie z interesem w uzyskaniu konkretnego zamówienia, Może być przecież i tak, że protest złożony przez wykonawcę zmusi zamawiającego do unieważnienia postępowania. Odwołujący przywołał także wyrok KIO z 2009.01.09 sygnatura KIO/ UZP 1493/08 – „Interes prawny może być rozumiany, bądź jako możliwość uznania oferty złożonej przez wykonawcę za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego (interes prawny sensu stricto) lub mieć swe uzasadnienie we wnoszeniu środków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia prowadzącym do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem. Nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny sensu largo). Odwołujący zaznaczył, iż wskazany powyżej kierunek stał się obecnie trwałym w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 29 września 2009 r. do postępowania wywołanego protestem przystąpił w dniu 1 października 2009 r. wykonawca wybrany JTA Investment Sp. z o. o., który powołał się na swój interes prawny w utrzymaniu czynności – wyboru jego oferty do realizacji 3 części zamówienia oraz wniósł o odrzucenie protestu w zakresie w jakim dotyczy on czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej oraz o oddalenie protestu w pozostałym zakresie z uwagi na brak naruszenia interesu prawnego Pyramed Sp. z o. o.

Pismem z dnia 6 października 2009 r. zamawiający oddalił złożony protest, uznając go za bezpodstawny. W uzasadnieniu swego stanowiska podał, że w opisie technicznym zamieszczonym w SIWZ określił wymiary maceratora w milimetrach, używając określenia „około” (szerokość; wysokość; głębokość.) 500 x 1100 x 600. Ponadto w toku przedmiotowego postępowania, udzielając odpowiedzi na zapytanie jednego z wykonawców do SIWZ dotyczące zadania nr 3 macerator, - czy zamawiający może określić jakich maksymalnych wymiarów urządzenia oczekuje? Zostały dopuszczone gabaryty maceratora w zakresie wszystkich wymiarów powiększone maksymalnie o 50 mm. Zamawiający zaznaczył, iż z powyższego wynika, że żądał, by oferowany macerator w przybliżeniu (około) odpowiadał wymiarom podanym w SIWZ, a w przywołanej odpowiedzi dookreślił jedynie maksymalne wartości tych wymiarów, nie narzucając natomiast wymiarów minimalnych. Kwestionowany przez odwołującego wymiar wysokości - 1040 mm, występujący w ofercie wybranego wykonawcy JTA Investment Sp. z o. o., odpowiada w przybliżeniu wartości 1100 mm, a przy braku określenia wymiarów minimalnych, zamawiający nie znalazł uzasadnienia dla odrzucenia oferty wykonawcy JTA Investment Sp. z o. o.

W odniesieniu do zarzutu odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający przypomniał, że odrzucenie tej oferty nastąpiło w następstwie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, uwzględniającego odwołanie wykonawcy JTA Investment Sp. z o. o., na który odwołującemu służyła skarga do sądu, z czego nie skorzystał.

W odwołaniu wniesionym w dniu 16 października 2009 r. z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty i wnioski protestu zostały podtrzymane w całości. W uzasadnieniu odwołujący ponowił podnoszoną uprzednio argumentację, a odnosząc się do rozstrzygnięcia zamawiającego, wskazał, że osią sporu jest zgodność lub nie wymiarów oferowanego urządzenia z parametrami określonymi przez SIWZ. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej - sygnatura KIO/UZP 1079/09 stwierdza, że zamawiający określił jednoznacznie minimalne wymiary maceratora (dla wszystkich uczestników postępowania było to jasne – brak pytań w tym zakresie). Wątpliwości budziły tylko wymiary maksymalne i ta kwestia została przez zamawiającego doprecyzowana. Zdaniem odwołującego, wskazania

powyższego wyroku należało odczytywać w ten sposób, iż każdą ofertę, która oferowała urządzenie o parametrach niezgodnych z SIWZ, należało odrzucić jako nie spełniającą kryteriów ważności. W opinii odwołującego oferta wybrana - wykonawcy JTA Investment Sp. z o. o. nie spełnia w sposób oczywisty parametru wysokości oferowanego urządzenia i w myśl powołanego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej powinna zostać odrzucona.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pismem z dnia 29 października 2009 r., z kopią przekazaną stronom przed otwarciem posiedzenia Izby, przystąpił wykonawca JTA Investment Sp. z o. o., który wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie w jakim dotyczy ono czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, i oddalenie odwołania w pozostałym zakresie z uwagi na brak naruszenia interesu prawnego odwołującego. Podtrzymał argumentację przedstawioną w przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem.

Izba na posiedzeniu przeprowadziła dowód z akt sprawy KIO/UZP 1079/09 oraz z protokołu postępowania. Nadto Izba rozważyła stanowiska stron i przystępującego w złożonych pismach oraz stanowiska pełnomocników i reprezentantów stron, przedstawione do protokołu posiedzenia.

Izba ustaliła co następuje.

W dniu 2 lipca 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez JTA Investment Sp. z o. o., uczestnikiem postępowania wywołanego tym protestem jak i postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1079/09 był odwołujący. Zarzut protestu podtrzymany w odwołaniu obejmował czynność wyboru oferty odwołującego na część 3 zamówienia – dostawę maceratorów. Jako uzasadnienie zarzutu JTA Investment Sp. z o. o. wskazał naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wybór oferty, która nie określała parametrów wielkości urządzenia maceratora zgodnie z wymaganiami SIWZ. W wyroku z dnia 2 września 2009 r. (str. 11) Izba stwierdziła, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie. Na stronie 13 wyroku zawarte jest ustalenie: „treść oferty wskazuje, iż oferowany macerator nie posiada wymaganych wymiarów, ponieważ opis maceratora podany w folderze podawał wymiary niezgodne z wymaganymi przez zamawiającego, natomiast samo oświadczenie wykonawcy nie wskazywało żadnych konkretnych wymiarów, a jedynie: „ok. 500x1100x600, ” z których trudno wnioskować jakie są dokładne wymiary oferowanego urządzenia.”

Izba stwierdza, że odwołanie podlega odrzuceniu. Ustawodawca w art. 181 ust. 6 ustawy Pzp postanowił, iż wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany w trybie

ust. 3 tegoż artykułu, nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Zgodnie z art. 181 ust. 7 ustawy Pzp, wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany nie mogą następnie wnieść protestu, powołując się na te same okoliczności. Jeżeli nawet zamawiający rozstrzygnął protest merytorycznie przez jego oddalenie, to należy zważyć, iż podstawy do odrzucenia odwołania Izba ustala z urzędu. Art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp obliguje Izbę do odrzucenia odwołania w sytuacji, gdy odwołanie wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. W przypadku wniesienia odwołania, jak stanowi art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, protest jest ostatecznie rozstrzygnięty – z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku Izby. Skoro cytowany wyżej wyrok Izby o sygn. akt KIO/UZP 1079/09 uznawał, że oferta odwołującego nie jest zgodna z treścią SIWZ, a jej wybór naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to w trakcie przeprowadzania ponownej oceny ofert nakazanej wymienionym wyrokiem, zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę odwołującego. A czynność ta nie tylko nie narusza przepisów wskazanych przez odwołującego w proteście i w odwołaniu, ale jest wręcz prawem nakazana i każde inne wykonanie przedmiotowego wyroku, niosło by za sobą skutki naruszenia bezwzględnie obowiązującej normy. Odwołujący nie ma podstaw, aby powoływać się na wadliwe wykonanie wyroku Izby z dnia 2 września 2009 r., w odniesieniu do oferty przystępującego, gdyż oferta tego wykonawcy nie była przedmiotem oceny Izby w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1079/09. Zarzut nieprawidłowego wykonania wyroku, mógłby odnosić się jedynie do oferty odwołującego, w żadnej mierze do oferty przystępującego, stąd wywód odwołującego, że zamawiający w sposób wadliwy wykonał wyrok Izby, jest chybiony. Odwołujący pomija okoliczność, iż jego oferta została uznana za niespełniającą wymagań, albowiem nie podawała skonkretyzowanych wymiarów oferowanego urządzenia, posługując się określeniami w wielkości „około,” czyli powtarzała jedynie dyspozycję zawartą w SIWZ. Do tego dane w przedstawionych materiałach informacyjnych producenta nie były zbieżne z oświadczeniami odwołującego. Z porównania zarzutu przeciwko ofercie odwołującego, jaki Izba uznała za potwierdzony wyrokiem z dnia 2 września 2009 r., z zarzutem jaki obecnie stawia odwołujący ofercie przystępującego, - że nie został dochowany wymiar wysokości urządzenia (w wielkości maksymalnie dopuszczonej), wynika że nie są one tożsame. Brak zatem logicznej treści w wywodach odwołującego, iż zamawiający wadliwie wykonał rzeczony wyrok Izby, bo z uwagi na tożsamość uchybień w ofertach obydwu wykonawców, winien po ponownej ocenie odrzucić te oferty, a samo postępowanie unieważnić. Powoływanie się na okoliczność, iż oferta wykonawcy wyłonionego w trakcie ponownego wyboru do realizacji zamówienia - JTA

Investment Sp. z o. o. również powinna zostać odrzucona, gdyż nie spełnia tych samych wymagań, tj. w odniesieniu do wymiarów oferowanego maceratora, nie może odnieść zamierzonego przez odwołującego skutku - doprowadzenia do unieważnienia postępowania, z braku ofert niepodlegających odrzuceniu. Na część 3 zamówienia oferty złożyli odwołujący oraz JTA Investment Sp. z o. o. W sytuacji, gdy oferta odwołującego została ostatecznie odrzucona, nie ma on legitymacji do skarżenia kolejnego wybranego wykonawcy. Działania odwołującego należy zakwalifikować jako próbę obejścia przepisów art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp, w kontekście zachowania przesłanek formalnych koniecznych do dopuszczenia rozpatrzenia zarzutów merytorycznych odwołania. Fakt stwierdzenia interesu prawnego wykonawcy w zgłaszaniu zarzutów merytorycznych, kwalifikowany jest co do zasady jako przesłanka materialno – prawna i rozpatrywany przez Izbę na rozprawie. Jednakże w zaistniałej sytuacji, gdy odwołujący usiłuje wywieść, iż Izba powinna rozpatrzyć odwołanie, (które ewidentnie podlega odrzuceniu), albowiem przemawia za tym interes prawny odwołującego, który mianuje się strażnikiem poprawności procedur, wymaga odniesienia się na etapie posiedzenia Izby do przedstawionej argumentacji. Do postępowania odwoławczego mają z mocy art. 184 ust. 6 Pzp odpowiednie zastosowanie przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o sędzie polubownym, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, przy czym skład orzekający Izby, nie jest wprost związany przepisami Kpc. Zdaniem Izby, powoływanie się przez odwołującego, który utracił status wykonawcy, jako osoby posiadającej interes prawny w uzyskaniu zamówienia (zawarcia umowy) w przedmiotowym postępowaniu, na interes prawny o charakterze uniwersalnym, sprowadzający się w ogólności do reagowania i zaskarżania środkami ochrony prawnej w każdej sytuacji i przez każdego kto uznaje, iż zamawiający prowadzi postępowanie z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, nie może znaleźć aprobaty. Przywoływanie w tym sensie interesu prawnego, dla zniweczenia dokładnie oznaczonych skutków określonych w normie proceduralnej i próba osiągnięcia przez taki zabieg efektu unieważnienia wyboru oferty konkurencyjnego wykonawcy, nie ma nic wspólnego z działaniem w interesie publicznym - prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia zgodnie z zasadami ustawy, jak stanowi art. 7 ust. 3 Pzp, nawet gdyby ich efektem było udzielenie zamówienia innemu wykonawcy niż odwołujący. Jest natomiast przejawem dążenia odwołującego do uzyskania przedmiotowego zamówienia na swoją rzecz, po ewentualnym unieważnieniu danego postępowania i ogłoszeniu nowego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia. Zdaniem Izby, interes prawny odwołującego musi być utożsamiany z doznany przez wykonawcę uszczerbkiem interesu własnego w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp. Ustawodawca używa określenia „jeżeli ich interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku.” Zatem interes prawny wykonawcy, to jego własny interes sprowadzający się do uzyskania zamówienia i osiągnięcia korzyści w wyniku realizacji

zawartej umowy. Izba nie podziela poglądu, że wykonawca reprezentujący swój interes prawny, w sytuacji gdy nie ma szans na uzyskanie zamówienia, może dążyć do unieważnienia postępowania, wskazując że oferta konkurenta jest wadliwa, a samo postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Pojęcie to obejmuje sferę uprawnień wykonawcy, która prowadzi do uzyskania zamówienia publicznego w danym toczącym się postępowaniu, a nie w postępowaniu hipotetycznym, przyszłym, wszczętym ewentualnie na nowo po unieważnieniu postępowania. Nie wiadomo bowiem, czy zamawiający po unieważnieniu postępowania ogłosi nowe postępowanie, a jeżeli tak, to czy na identyczny przedmiot zamówienia. Unieważnienie postępowania prowadzi do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez wyboru oferty najkorzystniejszej, a skutkiem tego jest niezawarcie umowy. Nie dochodzi zatem do uzyskania zamówienia publicznego. Izba poczytuje działania odwołującego, jako niedozwoloną próbę obejścia przepisów proceduralnych nakazujących odrzucenie odwołania, stąd zachodzi konieczność odniesienia się do żądań odwołującego sprowadzających się do unieważnienia postępowania, na etapie ustaleń podczas posiedzenia Izby. Wniosek, co do unieważnienia postępowania przez zamawiającego, należy uznać za niemieszczący się w kategorii zarzutów na czynności, czy zaniechania zamawiającego, na które można skutecznie wnieść środek ochrony prawnej w oznaczonym postępowaniu. Stanowisko takie potwierdza przeważająca linia orzecznictwa: wyrok SO w Warszawie z 4.06.2003 r. stwierdzający „Skuteczne odrzucenie oferty odwołującego spowodowało, że nie ma on interesu prawnego w domaganiu się unieważnienia dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia ofert innych podmiotów (..) a zarzut naruszenia (...) nie może być powoływany przez podmiot, który nie jest uczestnikiem postępowania o zamówienie.” Linia ta jest kontynuowana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej np. wyrokach o sygnaturach akt: KIO/UZP 835/09; KIO/UZP 660/09; KIO/UZP 461/09; KIO/UZP 1166/08; KIO/UZP 1140/08; KIO/UZP 117/08, KIO/UZP 1031/08.

W końcu należy przypomnieć, iż ponowna ocena ofert dokonana przez zamawiającego w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, jakim jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, nie powoduje przywrócenia terminu na ewentualne zaniechanie zamawiającego (w zakresie odrzucenia oferty przystępującego), o którym odwołujący powziął lub mógł powziąć wiadomość już po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca po to podniósł do rangi zasady – koncentrację wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, aby od razu (po pierwszym wyborze) kwestionowane były wszelkie możliwe do ustalenia usterki ofert, a wszystkie zarzuty rozpatrywane w jednym terminie (wyrok KIO/UZP 1434/08, KIO/UZP/1451/08). Reklamacyjny charakter

postępowania protestacyjnego, zapewnia zainteresowanemu wykonawcy możliwość wykazywania uchybień zamawiającego i wad ofert, złożonych w danym postępowaniu.

Dzień poinformowania wszystkich uczestników przetargu o dokonanej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej, jest dniem od którego należy liczyć termin na wniesienie protestu nie tylko na wybór oferty najkorzystniejszej, ale także na zaniechanie przez zamawiającego dokonania czynności, do której był zobowiązany, tj. np. zaniechanie odrzucenia innych ofert (postanowienie KIO/UZP 1041/08). Odwołujący wykonawca nie jest rzecznikiem interesu publicznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a ustawa przyznaje mu prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej jedynie w przypadku naruszenia interesu własnego, jeżeli wybór prawidłowo złożonej oferty jest zagrożony bezprawnymi poczynaniami zamawiającego. Rolą zamawiającego jest zadbanie o interes publiczny i wyłonienie wykonawcy, który daje gwarancję należytego wykonania umowy w wyniku udzielenia zamówienia (wyrok KIO/UZP 489/09).

Izba uznała, że protest został wniesiony z uchybieniem terminu, gdyż odwołujący powziął wiadomość o uznaniu oferty przystępującego za ważną już w dacie powiadomienia o pierwotnym wyniku postępowania, tj. w dniu 30 czerwca 2009 r. Ponadto odwołanie zostało wniesione na czynności zamawiającego dokonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, co z urzędu obligowało Izbę do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 i pkt 6 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie o czym orzekła postanowieniem zgodnie z art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, 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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*