

Sygn. akt KIO/UZP 1454/07

WYROK

z dnia 28 grudnia 2007r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Marcjoniak

Członkowie: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2007r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2007r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Condite Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach

B. Skanska S.A z siedzibą w Warszawie

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach** protestów:

A Condite Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach z dnia 16.11.2007r.

B Skanska S.A z siedzibą w Warszawie z dnia 19.11.2007r.

orzeka:

I. oddala odwołanie Condite Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach

II. oddala odwołanie Skanska S.A z siedzibą w Warszawie

III. kosztami postępowania obciąża Skanska S.A z siedzibą w Warszawie i Condite Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 3156 zł. (trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 1578 zł (słownie: jeden tysiąc pięćset siedemdziesiąt osiem złotych)
z kwoty wpisu uiszczonego przez Skanska S.A z siedzibą w Warszawie
 - B** koszty w wysokości 1578 zł (słownie: jeden tysiąc pięćset siedemdziesiąt osiem złotych)
z kwoty wpisu uiszczonego przez Condite Sp. z o.o z siedzibą w Kielcach

- 2) dokonać zwrotu kwoty 36.844 zł. (słownie: trzydzieści sześć tysięcy osiemset czterdzieści cztery złote)
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A** kwoty 18.422 zł. (słownie: osiemnaście tysięcy czterysta dwadzieścia dwa złote) na rzecz Skanska S.A z siedzibą w Warszawie
 - B** kwoty 18.422 zł. (słownie: osiemnaście tysięcy czterysta dwadzieścia dwa złote) na rzecz Condite Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach na „Przebudowę i rozbudowę budynku istniejącej przychodni na oddział rehabilitacji i przychodnię rehabilitacyjną Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego wraz z budową wewnętrznych instalacji: wodociągowej, kanalizacji sanitarnej, centralnego ogrzewania, elektrycznych, wentylacji mechanicznej garażu, dostawy i montażu dźwigu o udźwigu 1500kg. oraz wyburzenia istniejącego budynku parterowego zlokalizowanego w zachodniej części działki w granicy z sąsiednimi działkami”, Wykonawca Condite Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach w dniu 16.11.2007r. złożył protest na czynność polegającą na odrzuceniu oferty Condite Sp. z o.o. i wybór oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowo-Handlowego AGAT Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach. Wniósł, o: unieważnienie czynności wyboru tej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Condite Sp. z o.o., dokonanie czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu i dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp), tj. w terminie 5-ciu dni od otrzymania od Zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Informację Wykonawca otrzymał w dniu 14.11.2007r.

W dniu 19.11.2007r. protest wniósł Wykonawca Skanska S.A z siedzibą w Warszawie na czynności Zamawiającego polegające na: wyborze oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowo-Handlowego AGAT Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach; zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowo-Handlowe AGAT Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach i odrzuceniu oferty Skanska S.A., tym samym naruszenie dyspozycji art. 7 ust. 1 i 3, art. 98 ust. 1 pkt. 2 i art. 91 ust. 1 Pzp.

Wniósł, o: unieważnienie czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowo-Handlowego AGAT Sp. z o.o, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Skanska S.A oraz dokonanie czynności ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowo-Handlowego AGAT Sp. z o.o i dokonanie czynności wyboru oferty Skanska S.A jako najkorzystniejszej.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp), tj. w terminie 5-ciu dni od otrzymania od Zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Informację Wykonawca otrzymał w dniu 14.11.2007r.

Zamawiający oddalił protest Condite Sp. z o.o.

Z treści uzasadnienia wynika, że oferta Wykonawcy Condite Sp. z o.o. została odrzucona z powodu niezgodności z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie:

- dostawy siłowników okien oddymiających poprzez scedowanie na Zamawiającego,
- zaferowania zasilaczy w ilości niezgodnej z dokumentacją, a tym samym w ilości mniejszej niż wymagana przez Zamawiającego,
- zaferowania wanien kąpielowych niezgodnie z projektem i wymaganiami Zamawiającego.

Rozstrzygnięcie protestu Zamawiający przekazał Wykonawcy faksem w dacie 28.11.2007r.

Zamawiający odrzucił protest Skanska S.A na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp z uwagi na nie wykazanie przez protestującego interesu prawnego i tym samym brak legitymacji do złożenia protestu w niniejszym postępowaniu. Brak interesu prawnego do skorzystania przez protestującego ze środka ochrony prawnej Zamawiający upatrywał w tym,

że cena przedstawiona przez Skanska S.A za wykonanie zamówienia, znacznie przekroczyła wartość środków finansowych, jakie Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. Rozstrzygnięcie protestu Zamawiający przekazał Wykonawcy faksem w dacie 28.11.2007r. Na rozprawie Zamawiający załączył do akt sprawy kopię dokumentu wystawionego przez Dyrektora Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego w Kielcach, z treści którego wynikało, że kwota 8.900.000zł. brutto jest ostateczną kwotą, jaką może przeznaczyć na przedmiotowe zamówienie i jest ona niezmienna.

Od rozstrzygnięcia protestu Wykonawca Condite Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach w dniu 29.11.2007r. skierował do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pismo zatytułowane „odwołanie”, a jego kopię przekazał Zamawiającemu w dniu 29.11.2007r.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu, wynikającego z art. 184 ust. 2 Pzp.

Odwołujący w uzasadnieniu pisma wskazał, że w proteście zarzucił Zamawiającemu naruszenie dyspozycji art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2, Pzp. poprzez:

- bezprawne odrzucenie oferty Condite Sp. z o.o.
- bezprawny wybór oferty Agat Sp. z o.o.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Condite Sp. z o.o.
3. dokonania czynności oceny ofert
4. dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

Od rozstrzygnięcia protestu Wykonawca Skanska S.A z siedzibą w Warszawie złożył odwołanie do Prezesa UZP w dniu 03.12.2007r. poprzez nadanie przesyłką poleconą w Urzędzie Pocztowym, zaś kopię odwołania przekazał Zamawiającemu w dniu 3.12.2007r. Odwołujący zarzucił w rozstrzygnięciu protestu błąd w ustaleniach poczynionych przez Zamawiającego i uznanie, że nie posiada interesu prawnego do wniesienia środka ochrony prawnej. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający popełnił błąd w interpretacji pojęcia „interesu prawnego”, jaki winien wykazać odwołujący się, poprzez bezpodstawne sprowadzenie interesu prawnego wyłącznie do interesu majątkowego.

Wniósł, o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia protestu Skanska S.A
2. unieważnienie czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowo-Handlowego AGAT Sp. z o.o,
3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Skanska S.A
4. dokonanie czynności ponownej oceny ofert
5. dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na rozprawie przed Krajową Izbę Odwoławczą strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska, wnioski i żądania w nich zawarte.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań, podtrzymując w pełnej rozciągłości argumentację zawartą w rozstrzygnięciach protestów Odwołujących.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła co następuje:

Odwołanie Condite Sp. z o.o. podlega oddaleniu, albowiem nie zawiera konstytutywnych elementów środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Krajowej Izby Odwoławczej, określonych w § 1 ust. 1 pkt. 7 rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 02.10.2007r. w spr. regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Nie zawiera mianowicie zwięzłego przedstawienia zarzutów, jakie stawia Odwołujący Zamawiającemu w związku z rozstrzygnięciem protestu. Pismo zatytułowane „odwołanie” wniesione przez Odwołującego *de facto* stanowi opis historyczny przeprowadzonego postępowania, w tym streszczenie zarzutów i żądań protestu oraz zawiera żądania co do rozstrzygnięcia odwołania. Brak jest tymczasem przedstawienia zarzutów do rozstrzygnięcia protestu, do czego obliguje dyspozycja § 1 ust. 1 pkt. 7 przywołanego rozporządzenia. W ocenie Izby, nie wystarczy samo powołanie się w treści uzasadnienia odwołania na złożony uprzednio protest, czy nawet dołączenie kopii protestu do odwołania, w ramach załączników. Powyższe stanowisko znalazło również odzwierciedlenie w orzecznictwie sądów powszechnych (vide: wyr. SO w Warszawie z dnia 08.11.2005r., sygn. akt V Ca 1377/05). Brak zwięzłego przedstawienia zarzutów uniemożliwia merytoryczne odniesienie się przez Izbę do rozstrzygnięcia protestu. Jednocześnie zważyć należy, iż choćby z uwagi na zasadę pisemności postępowania w sprawie zamówień publicznych oraz ze względu na terminy zawite do wniesienia odwołania, ustne przedstawienie zarzutów na rozprawie nie może konwalidować treści złożonego odwołania w zakresie braku „zwięzłego przedstawienia zarzutów”. Dopuszczalna jest wyłącznie, zdaniem Izby, ewentualna modyfikacja zarzutów w granicach zaskarżenia rozstrzygnięcia protestu, przy czym nie można skutecznie podnosić zarzutów, które nie były uprzednio zawarte w proteście (arg. z art. 191 ust. 3 Pzp). Mając powyższe na uwadze Izba, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp orzekła jak w pkt. I wyroku.

Oddaleniu podlega odwołanie Skanska S.A z siedzibą w Warszawie, albowiem w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił swego interesu prawnego w przedmiotowym postępowaniu, stosownie do dyspozycji art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z przywołanym przepisem, środki ochrony prawnej przysługują tym wykonawcom, których interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W tym miejscu zaznaczyć należy, iż Izba stoi na stanowisku, że interes prawny w uzyskaniu zamówienia publicznego powinien być rozumiany szeroko, za czym przemawia chociażby konieczność uwzględnienia wykładni prospółnotowej w interpretacji przepisów prawa polskiego (z uwagi na sprzeczność prawa polskiego z dyrektywą Rady Nr 89/665/EWG z dnia 21.12.1989r. i Nr 92/13/EWG z dnia 25.12.1992r. w zakresie zawężenia m.in. pojęcia „interesu” wyłącznie do „interesu prawnego”). Nie mniej, przyjęcie szerokiej wykładni „interesu prawnego” wykonawcy, w tym oczywiście interesu majątkowego jak i niemajątkowego, nie zwalnia go od wykazania, czy wręcz udowodnienia we wniesionym środku ochrony prawnej, że w wyniku naruszenia konkretnych przepisów (zasad) w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne jego interes doznał lub mógł doznać uszczerbku. Wykazanie istnienia powyższej przesłanki jest warunkiem koniecznym dla skutecznego wniesienia każdego środka ochrony prawnej, zarówno protestu, jak i odwołania. Tymczasem, Odwołujący – Skanska S.A poza polemiką z rozstrzygnięciem protestu w zakresie wykładni pojęcia interesu prawnego nie wykazał: czy i jakiego uszczerbku doznał lub mógł doznać w tym konkretnym postępowaniu, w związku z naruszeniem jakich przepisów przez Zamawiającego? Zważyć należy, iż w istocie swego interesu Odwołujący nie wykazał w przepisany sposób ani w proteście, ani w odwołaniu od rozstrzygnięcia protestu. Mieć przy tym należy na uwadze dorobek piśmiennictwa i utrwalone orzecznictwo w zakresie zamówień publicznych, w tym dowodzenia przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp. W szczególności podnoszono, że interes odwołującego nie może być oceniany pod kątem ewentualnego, przyszłego i niepewnego udziału odwołującego się w przyszłym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie i uzyskanie w nim wyniku polegającego na wyborze jego oferty (np. wyrok SO w Lublinie z

dnia 10.04.2003r. sygn.akt. V Ca 165/05). Zważywszy na okoliczności faktyczne w niniejszym postępowaniu, rozważając hipotetycznie wariant dopuszczenia oferty Odwołującego Skanska S.A do przetargu i wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej, i tak - z uwagi na znaczne przekroczenie ceny oferty (12.539.000zł) w stosunku do środków, jakie Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (8.900.000zł) – przetarg podlegałby unieważnieniu, stosownie do dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt. 4 Pzp. Tym samym, interes Odwołującego materializuje się, ale dopiero w przyszłym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie, zaś w rozumieniu ustawy jest to już inne postępowanie. Interes prawny stanowi materialnoprawną przesłankę skuteczności środka ochrony prawnej. Wobec powyższego, nie udowodnienie tej przesłanki skutkuje oddaleniem wniesionego środka. Na marginesie Izba zauważa, że w niniejszej sprawie Zamawiający powinien w miejsce odrzucenia protestu Skanska S.A oddalić protest, jednakże forma rozstrzygnięcia nie rzutuje na prawidłowość merytorycznego rozpoznania protestu.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do dyspozycji art. 191 ust. 7 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....