

Sygn. akt KIO/UZP 1123/08

WYROK

z dnia 30 października 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Jolanta Markowska

Grzegorz Mazurek

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Związek Ochotniczych Straży Pożarnych Rzeczypospolitej Polskiej Wytwórnia Umundurowania Strażackiego, ul. Żeromskiego 3, 95-060 Brzeziny** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach, 40-042 Katowice, ul. Wita Stwosza 36** protestu z dnia 19 września 2008r.

przy udziale **P. P. H. „GO WEST” Sp. z o.o., ul. Lewicpolska 16A, 03-652 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz **DEVA Poland Sp. z o.o., ul. 3 Maja 19, 43-400 Cieszyn** po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Związek Ochotniczych Straży Pożarnych Rzeczypospolitej Polskiej Wytwórnia Umundurowania Strażackiego, ul. Żeromskiego 3, 95-060 Brzeziny

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Związek Ochotniczych Straży Pożarnych**

**Rzeczypospolitej Polskiej Wytwórnia Umundurowania Strażackiego,
ul. Żeromskiego 3, 95-060 Brzeziny,**

- 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 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Związku Ochotniczych Straży Pożarnych Rzeczypospolitej Polskiej Wytwórnia Umundurowania Strażackiego, ul. Żeromskiego 3, 95-060 Brzeziny.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę 297 kompletów ubrań specjalnych strażackich”,

zamawiający – Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach, wybrał spośród złożonych w postępowaniu ofert, ofertę najkorzystniejszą firmy DEVA Poland sp. z o.o. z siedzibą w Cieszynie (zawiadomienie dokonane pismem z dnia 12.09.2008r.).

Odwołujący – Związek Ochotniczych Straży Pożarnych Rzeczypospolitej Polskiej Wytwórnia Umundurowania Strażackiego z siedzibą w Brzezinach wniósł protest (pismo z dnia 19.09.2008r.) i wobec jego oddalenia (pismo z dnia 26.09.2008r.), odwołanie (pismo z dnia 1.10.2008r.).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 8, art. 82 ust. 3, art. 91 ust.1, art. 96 ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz.1655 z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp oraz § 1 i 3 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 czerwca 2007r. w sprawie wykazu wyrobów służących zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub

ochronie zdrowia i życia oraz mienia, a także zasad wydawania dopuszczenia tych wyrobów do użytkowania (Dz. U. Nr 143, poz. 1002).

W uzasadnieniu podał, że wskazana w wybranej ofercie kurtka, jako wzór, nie jest wykonana według opisu i parametrów określonych w przepisach wyżej wymienionego rozporządzenia oraz zamawiający nie udostępnił odwołującemu dokumentów zawartych w wybranej ofercie, dotyczących potwierdzenia parametrów kurtek, sporządzonych przez laboratoria lub inne jednostki badawcze.

Odwołujący podniósł, że kurtka podana w ofercie: nie odpowiada wymaganej długości (jest za krótka w odniesieniu do wymaganego poziomu, tj. poziomu krocza), nie odpowiada wymogom oznaczenia napisem „STRAŻ” oraz nie zawiera właściwego potwierdzenia co do badań na penetrację wody. Zamawiający nie udostępnił utajnionej części oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo, iż w ocenie odwołującego brak jest podstaw prawnych do takiej czynności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego żądań w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1/ unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 297 kompletów ubrań strażackim specjalnych,
- 2/ przeprowadzenie ponownie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 297 kompletów ubrań strażackim specjalnych,
- 3/ przyznanie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie. Podał, że odwołujący nie ma interesu prawnego wnosząc protest, gdyż jego oferta została odrzucona i czynność ta nie została oprotestowana. W zakresie merytorycznych zarzutów stwierdził, że nie jest instytucją wyznaczoną do weryfikacji zasadności wydania świadectwa dopuszczenia przez CNBOP. Wskazał, że tylko jednostka wydająca świadectwa dopuszczenia jest władna dokonać oceny czy ubranie dołączone do oferty, jako wzór jest zgodne z przepisami wskazanego rozporządzenia. Wykonawca przedstawił w swojej ofercie świadectwo dopuszczenia wymagane w SIWZ. Przedstawił również wyniki badań na wodoszczelność wynoszącą

260 kPa, dotyczącą całego zestawu odzieżowego, protokół ITC 412401681/2007, zgodnie z wymaganiami pkt III, 8.1.7) SIWZ – Zestaw odzieży (cała konstrukcja).

W zakresie wyłączenia zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji podał, że po ponownym przeglądnięciu utajnionej dokumentacji, doszedł do wniosku, iż tylko dwa dokumenty mogą być odtajnione, a mianowicie polisa ubezpieczeniowa i tabela technologiczna rozmiarów.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, złożonymi dowodami w postaci pism, protokołu oględzin, argumentacją odwołującego, zamawiającego i przystępujących do postępowania odwoławczego, także oryginalnymi ofertami – odwołującego i ofertą wybraną, dostarczonymi do siedziby Urzędu po zamknięciu rozprawy, ustaliła, co następuje.

Wartość zamówienia ustalona została na kwotę o równowartości 139 814,90 euro. Ogłoszenie o zamówieniu na dostawę zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2008 / S 142-190448 z dnia 24.07.2008r.

W postępowaniu złożono 6 ofert z cenami od 409 949,10 zł do 555 814,71 zł, tj. oferty:

- 1/ „GO WEST” Sp. z o.o. z/s w Warszawie z ceną 412 809,21 zł,
- 2/ „HORPOL” Sp. z o.o. z/s w Piasecznie z ceną 531 630,89 zł,
- 3/ ZOSP RP WUS z/s w Brzezinach z ceną 444 906,00 zł (oferta odwołującego),
- 4/ ARLEN Sp. z o.o. z/s w Warszawie z ceną 502 108,20 zł;
- 5/ DEVA Poland Sp. z o.o. z/s w Cieszynie z ceną 555 814,71 (oferta wybrana),
- 6/ P.P.H.U. „SUBOR” z/s w Staszowie z ceną 409,949,10 zł.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert wykluczył dwóch wykonawców, których oferty oznaczono nr 1 i nr 6. Odrzucił oferty oznaczone numerami - nr 2, nr 3 (odwołującego) i nr 4. Wybrał jako ofertę najkorzystniejszą, ofertę przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, oznaczoną nr 5, tj. ofertę jedyną, która nie została odrzucona.

Odwołujący wniósł w dniu 19.09.2008r. protest wyłącznie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty- firmy DEVA Poland Sp. z o.o. Po oddaleniu protestu pismem z dnia 26.09.2008r., wniósł odwołanie w dniu 1.10.2008r., także wyłącznie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, nie podważając w żadnym zakresie braku podstaw do odrzucenia jego oferty. Fakt ten został w pełni przyznany przez odwołującego podczas rozprawy.

Protesty wnoszone przez innych wykonawców, wobec ich oddalenia przez zamawiającego i braku wniesienia odwołania, zostały rozstrzygnięte ostatecznie wraz z upływem terminów na wniesienie odwołania.

W zakresie merytorycznych zarzutów odwołujący poparł odwołanie, podając, że kurtki:

1/ długość zachodzi 30 cm na spodnie, jednak nie spełnia wymogu właściwej odległości od poziomu krocza, tj. nie odpowiada przedziałowi od 17,5 cm do 22,5 cm poniżej krocza,

2/ napis „STRAŻ” wykonany został inną techniką niż mocowanie na „rzep”,

3/ próba wodoszczelności (odporność na penetrację wody) powinna być wykonana na próbce membrany po praniu, a nie na nowej próbce oraz na szwach ramiennych jako najbardziej narażonych na eksploatację części kurtki. Odwołujący podniósł, iż nie ma dostatecznej wiedzy na ten temat czy istotnie w wybranej ofercie załączono żądane wyniki potwierdzające przeprowadzenie odpowiednich badań, gdyż część oferty została utajniona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślił, że z jego kontaktów z firmą GORE-TEX, w której zaopatruje się w membranę, podobnie jak wykonawca wybranej oferty wynika, że membrana po praniu nie może osiągać 2,5 bara.

Podniósł także, że zamawiający powinien udostępnić wyniki badań w wybranej ofercie w celu uzyskania potwierdzenia, czy istotnie podane parametry wodoszczelności – 260 kPa potwierdzone zostały odpowiednimi badaniami. Stwierdził również, że zamawiający nie ustosunkował się do prośby odwołującego o udostępnienie mu wskazanych badań w wybranej ofercie, a dopiero w rozstrzygnięciu protestu poinformował, że możliwe jest odtajnienie polisy ubezpieczeniowej i tabeli technologicznej rozmiarów. Odwołujący

wielokrotnie i jednoznacznie podkreślał, że jego celem w postępowaniu odwoławczym jest doprowadzenie do unieważnienia postępowania i oczekiwanie powtórzenia postępowania przez zamawiającego, w którym to postępowaniu będzie mógł złożyć nową ofertę. W żadnym stwierdzeniu nie podniósł okoliczności wskazujących, iż jego oferta została odrzucona w sposób bezzasadny, potwierdzając tym samym stanowisko zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty.

Przystępujący do postępowania odwoławczego – P.P.H „GO WEST” Sp. z o.o. po stronie odwołującego, w całej rozciągłości poparł stanowisko odwołującego, wskazując, iż w jego ocenie zamawiający opracował SIWZ po raz trzeci, pod wybór oferty określonego wykonawcy. Pozostałych wykonawców bądź wykluczył, bądź odrzucił ich oferty. Wskazywał na okoliczności nie mające bezpośredniego związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym, świadczące o podjęciu czynności np. skargowych, zmierzających do unieważnienia niektórych dokumentów, którymi posługuje się wykonawca wybranej oferty. Podniósł, że w jego interesie jest również unieważnienie prowadzonego postępowania, zobowiązanie zamawiającego do przeprowadzenia ponownego postępowania, zgodnego z obowiązującymi przepisami prawnymi i opracowaną na nowo SIWZ. W żadnym zakresie nie podniósł okoliczności prawomocnego wykluczenia jego z prowadzonego postępowania na skutek braku wniesienia wadium.

Zamawiający oraz przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – DEVA Poland Sp. z o.o., podtrzymali stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu protestu i pełnomocnicy obu podmiotów wskazali, że SIWZ jest zgodna z przepisami powołanego wyżej rozporządzenia MSWiA, odzież zaoferowana przez wykonawcę odpowiada treści SIWZ i wymagania w zakresie parametrów technicznych potwierdzone zostały żądanymi świadectwami dopuszczenia oraz innymi dokumentami załączonymi do oferty. W szczególności, długość kurtki jest właściwa, zachodzi na spodnie 30 cm, natomiast odległość od poziomu krocza nie została nigdzie opisana i biorąc pod uwagę różny wzrost osób, które będą nosiły kurtki, odległość ta nie może być określona z góry w sposób jednoznaczny. Różnica w długości kurtki i plisy kryjącej suwak wynosząca 5 cm (porównanie

kurtki załączonej do oferty z wzorcem kurtki znajdującej się w CNBOP) nie ma żadnego znaczenia, gdyż kurtka co do zasady zakrywa spodnie długością 35 cm, przy żądanej długości 30 cm, a wskazana różnica 5 cm jest różnicą dopuszczalną w ramach tolerancji technologicznej. Również pełnomocnicy stwierdzili, że napis „STRAŻ” dokonany został zgodnie z pkt 1.6.3.2 załącznika nr 2 do ww. rozporządzenia, stanowiącego, iż napis „STRAŻ” mocowany jest na „rzep” lub inną techniką. W przedmiotowej sprawie wykonawca napis „STRAŻ” umocował inną techniką, a mianowicie techniką polegającą na przyłożeniu taśmy do materiału zewnętrznego, na której są wycięte otwory odpowiadające literom tworzącym napis „STRAŻ” i poddaniu taśmy wraz z materiałem obróbce prasy termicznej pod ciśnieniem w odpowiednio wyższej temperaturze. Metoda ta nie polega na mocowaniu napisu na „rzep”, lecz mocowaniu napisu inną techniką. W zakresie wodoszczelności pełnomocnicy wyjaśnili, iż badania dokonane zostały zarówno w zakresie jednej warstwy membrany, jak i we wszystkich warstwach łącznie – trzy – dla danej konstrukcji materiału. Badanie przeprowadzono według normy PN-EN 20811. Uzyskana odporność określona została jako odporność wynosząca 260 kPa, przy wymaganej przez zamawiającego min. 200 kPa. Potwierdzenie powyższych badań załączono do oferty. Przystępujący wyjaśnił, że w jego ocenie, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie części oferty jest jak najbardziej zasadne, ponieważ w ofercie zamieścił znacznie więcej danych dotyczących parametrów niż wymagał tego zamawiający.

Udostępnienie protokołów badań w zakresie parametrów technicznych dotyczących produkcji specjalistycznej, spowodowałoby otwarcie dokumentacji technicznej wykonawcy na użytek jego konkurentów.

Strony odpowiednio wnosili - odwołujący i przystępujący po jego stronie o uwzględnienie odwołania, unieważnienie postępowania i nakazanie zamawiającemu przeprowadzenie ponownie postępowania, zaś zamawiający i przystępujący po jego stronie - o oddalenie odwołania, przede wszystkim z powodu braku interesu prawnego po stronie odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z treścią przepisu art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej, w tym protest i odwołanie przysługują wykonawcom, jeżeli ich interes prawny doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Z przepisu tego wynika, że podmioty i organy rozpoznające wniesione środki ochrony prawnej mają obowiązek z urzędu badać czy wykonawcy korzystający z tych środków legitymują się posiadaniem interesu prawnego. Legitymowanie się interesem prawnym jest przesłanką materialnoprawną, zatem stwierdzenie braku interesu po stronie odwołującego, stanowi bezwzględną przesłankę oddalenia odwołania, niezależnie od faktu czy podnoszone zarzuty merytoryczne w treści odwołania są zasadne czy nie.

W przedmiotowej sprawie ustalono ponad wszelką wątpliwość, że oferta odwołującego została odrzucona w postępowaniu, o czym zamawiający zawiadomił pismem z dnia 12.09.2008r. W ciągu 7 dni od tego dnia odwołujący miał prawo wnieść protest na czynność odrzucenia jego oferty. Odwołujący nie skorzystał z tego prawa wnosząc jedynie w dniu 19.09.2008r. protest wyłącznie na czynność wyboru oferty DEVA Poland Sp. z o.o. Czynność odrzucenia oferty stała się ostateczna i prawomocna. Zatem, odwołujący z upływem terminu na zakwestionowanie odrzucenia jego oferty utracił status wykonawcy w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Kwestionowanie wyboru oferty najkorzystniejszej, przy braku interesu prawnego, nie może być uwzględnione, gdyż odwołujący w takim przypadku nie jest już uczestnikiem postępowania (np. wyrok SO w Warszawie z dnia 21.02.2005r. sygn. akt V Ca 3072/04 i z dnia 16.08.2004r. sygn. akt V Ca 1567/04).

Klasyczne rozumienie interesu prawnego zostało odzwierciedlone w licznych orzeczeniach sądów okręgowych i zespołów arbitrów. Zgodnie z linią orzeczniczą interes prawny wnoszącego środek odwoławczy musi doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym on uczestniczy i polegać na tym, że traci on możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą, przy czym interes ten nie może być oceniany pod kątem ewentualnego niepewnego udziału odwołującego w przyszłym postępowaniu

o przedmiotowe zamówienie publiczne i uzyskanie w nim wyniku polegającym na wyborze jego oferty (wyroki, m.in. SO w Warszawie z dnia 10.04.2003r. sygn. akt V Ca 165/03 i z dnia 4.10.2005r. sygn. akt V Ca 1136/05).

W wyroku z dnia 25.04.2006r. sygn. akt I Ca 134/06 Sąd Okręgowy w Krośnie orzekł, że zgodnie z postanowieniami art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG (odpowiednio art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG) odwołanie może wnieść co najmniej każdy podmiot, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego. Przy czym konieczność istnienia interesu prawnego po stronie odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia musi istnieć kumulatywnie z uszczerbkiem lub niebezpieczeństwem jego powstania w majątku odwołującego. Z przedstawionego stanowiska wynika, że Sąd podzielił również zdanie, iż istnienie interesu prawnego musi dotyczyć uzyskania danego zamówienia, będącego przedmiotem prowadzonego postępowania, a nie zamówienia przyszłego, które ewentualnie może wystąpić w ramach prowadzonej następnej procedury, lub może nie wystąpić, a więc jako zdarzenia przyszłego i niepewnego.

Krajowa Izba Odwoławcza w przedmiotowej sprawie stwierdziła brak interesu prawnego po stronie odwołującego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, w tym przypadku z odwołania, gdyż odwołujący utracił status wykonawcy uczestniczącego w prowadzonym postępowaniu. Odwołanie z tego względu podlega oddaleniu. Z uwagi na brak interesu prawnego odwołującego, Krajowa Izba Odwoławcza nie odniosła się merytorycznie do zarzutów podniesionych przez odwołującego, gdyż fakt ten nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy (wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5.05.2008 r. sygn. akt IX Ga 44/08).

Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, nie uwzględniając wniosku zamawiającego o przyznanie mu kosztów postępowania

odwoławczego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika i diety, z uwagi na nie przedłożenie rachunków do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 127, poz. 886).

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 w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*