

WYROK
z dnia 19 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Andrzej Niwicki**

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16.04.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Securitas Polska Spółka z o.o., 02-677 Warszawa, ul. Cybernetyki 21** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Świętokrzyskie Centrum Onkologii, 25-734 Kielce, ul. Trawińskiego 3C** protestu z dnia **4 marca 2010 r.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Argos-1 Sp. z o.o., 25-511 Kielce, ul. 1 Maja 72** oraz **Agencja Ochrony Herkules s.c. z siedzibą w Kielcach, ul. Winnicka 24**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Securitas Polska Spółka z o.o., 02-677 Warszawa, ul. Cybernetyki 21 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero)

groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Securitas Polska Spółka z o.o., 02-677 Warszawa, ul. Cybernetyki 21;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Securitas Polska Spółka z o.o., 02-677 Warszawa, ul. Cybernetyki 21** na rzecz **Świętokrzyskiego Centrum Onkologii, 25-734 Kielce, ul. Trawińskiego 3C** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Securitas Polska Spółka z o.o., 02-677 Warszawa, ul. Cybernetyki 21;**

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

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Świętokrzyskie Centrum Onkologii z siedzibą w Kielcach, w trybie przetargu nieograniczonego na „ochronę osób i mienia oraz dostarczenie, zainstalowanie, konserwację sprzętu audiowizualnego w Świętokrzyskim Centrum Onkologii Kielce przy ul. Artwińskiego 3 a-c, Jagiellońska 74 a-b, Gwarków 1” (nr ref. EZP 241-76/09), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, 2009/S 212-306068 w dniu 4 listopada 2009 r., wobec czynności uwzględnienia protestu wniesionego 5 marca 2010 r. przez konsorcjum Argos-1 Sp. z o.o., Agencja Ochrony Herkules s.c., zwane dalej konsorcjum, w dniu 22 marca 2010 roku wniesione zostało odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołanie wniósł wykonawca będący uczestnikiem postępowania toczącego się na skutek wniesionego protestu – Securitas Polska Sp. z o.o. (odwołujący). Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 11 marca 2010 r. poprzez jego uwzględnienie. Protest wniesiony został wobec czynności zamawiającego, który w dniu 26 lutego 2010 r. poinformował wykonawców o powtórzeniu czynności oceny i wyboru ofert oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy PrZamPubl. Powtórzenie czynności w postępowaniu było następstwem wykonania wyroku KIO z dnia 19.02.2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1910/09), nakazującego zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Securitas Polska Sp. z o.o. i powtórzenie czynności badania i oceny ofert. W wyroku KIO, uznając jeden z zarzutów za zasadny potwierdziła sprzeczność oferty odwołującego, wskazując na obowiązek jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl.

W wyniku ponownej oceny ofert, zamawiający stwierdził, iż oferta konsorcjum również podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy PrZamPubl. Na skutek uwzględnienia protestu (pismo z dnia 4 marca 2010 r.) wniesionego przez konsorcjum, odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa UZP, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7, 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy PrZamPubl, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum oraz zaniechanie unieważnienia postępowania, a także art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 146 ust. 1 ustawy poprzez brak możliwości zawarcia ważnej umowy. Odwołujący wskazał na prawidłowość czynności odrzucenia oferty konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jako niezgodnej z treścią siwz. Wskazał, iż zamawiający mógł w wyniku ponownej oceny ofert zweryfikować prawidłowość wcześniejszej oceny oferty konsorcjum, gdyż Izba nie nakazała powtórzenia czynności badania i oceny jedynie oferty odwołującego się, jak również nie uwzględniła żądania protestującego nakazania zamawiającemu wyboru oferty konsorcjum. Na podstawie analizy kart katalogowych, odwołujący uznał, iż konsorcjum nie zaoferowało kamer zewnętrznych. Zaproponowane kamery są kwalifikowane jako kamery wewnętrzne zgodnie z PN-EN-50130-5 (Systemy alarmowe – Próby środowiskowe). Ponieważ kamery zostały zaproponowane w obudowie „dome”, która determinuje zakres w jakim może być stosowana kamera, odwołujący uznał, iż kamery w takiej obudowie kopułowej są przeznaczone do zastosowań wewnętrznych. O zaproponowaniu kamer wewnętrznych świadczyć ma również zakres temperatury pracy -10C~ +50C (odpowiadające kamerom klasy środowiskowej II – wewnętrzna ogólna – pomieszczenia zamknięte ogrzewane z przerwami, temp. -10 do + 40 C, wilgotność do 75 %. Natomiast kamery zewnętrzne należą do klasy środowiskowej III (zewnętrzna osłonięta) – warunki zewnętrzne nie w pełni narażone na warunki pogodowe, temp. – 25 do 50 C, wilgotność do 85 %-95 %. Dodatkowo, konsorcjum zaproponowało kamery o klasie szczelności „IP”, natomiast kamery zewnętrzne posiadają klasę szczelności zgodnie z normą IP 65 lub IP 66, co oznacza, że są w pełni odporne na zapylenie i częściowo zabezpieczone przez wpływem wody. Kamery wewnętrzne zaoferowane przez konsorcjum, chociaż mogą pracować na zewnątrz, nie spełniają wymogów siwz, z załącznika nr 1, co obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty konsorcjum, a w konsekwencji do unieważnienia postępowania. Odwołujący dodatkowo wskazał na fragment uzasadnienia wyroku KIO, w którym Izba wskazała na potrzebę przeprowadzenia przez zamawiającego analizy prawidłowości prowadzonego postępowania pod kątem możliwości zawarcia ważnej umowy, wynikającą z różnego zakresu informacji, jakie wykonawcy wynieśli z wizji lokalnej, a które doprowadziły do złożenia ofert przewidujących wymianę różnych urządzeń. Odwołujący podniósł, iż wykonawcy zaproponowali wykonanie zupełnie innego przedmiotu zamówienia, co nie pozwalało na porównanie ofert złożonych w postępowaniu. Swój interes prawny odwołujący upatrywał w

możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą w toku ponownego postępowania przetargowego na ten sam przedmiot.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

Izba uznała, iż odwołanie oraz protest wniesione zostały w terminach ustawowych, a zatem nie zachodziła przesłanka do odrzucenia odwołania, określona w art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy PrZamPubl. Skoro protest dotyczył nowej czynności zamawiającego, której wynik zmieniał sposób rozstrzygnięcia postępowania, a wykonawcom przysługiwały środki ochrony prawnej, co znalazło wyraz w proteście konsorcjum, to również od jego rozstrzygnięcia przysługiwało odwołanie. Izba wykluczyła możliwość odrzucenia odwołania w sytuacji kiedy protest został wniesiony w terminie, a następnie od jego rozstrzygnięcia wniesione zostało odwołanie z zachowaniem terminu określonego w przepisie art. 184 ust. 2 ustawy PrZamPubl. Izba nie zgodziła się z twierdzeniami zamawiającego oraz przystępującego, iż odwołujący powinien wnieść protest na czynność zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum już w momencie powzięcia wiedzy o czynności z dnia 25 listopada 2009 r., tj. wyborze oferty odwołującego. Ponieważ czynność ta nie naruszała interesu prawnego odwołującego nie miał on podstaw do wnoszenia środków ochrony prawnej. Również przystępując do postępowania protestacyjnego, a następnie wnosząc odwołanie, wykonawca nie mógł wykraczać poza zarzuty zawarte w proteście, co wynika z treści art. 181 ust. 5 ustawy PrZamPubl. Dopiero uwzględnienie przez zamawiającego protestu konsorcjum, stanowiło podstawę do stwierdzenia wystąpienia okoliczności, z której odwołujący wywodził naruszenie jego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Na uwzględnienie nie zasługiwał również wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy PrZamPubl. Odwołanie wniesione zostało przez uczestnika postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, a zatem przez podmiot uprawniony. Do czasu powtórzenia czynności przez zamawiającego, wynikającej z wykonania wyroku KIO, odwołujący posiadał status wykonawcy ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie, którego oferta w wyniku ponownej oceny została odrzucona (zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu). Mógł on zatem przystąpić do postępowania toczącego się na skutek protestu innego wykonawcy. Odwołujący nie mógł skutecznie oprotestować czynności odrzucenia jego oferty, co jednak nie pozbawiało go prawa do wniesienia odwołania wobec uwzględnienia protestu wniesionego na czynność odrzucenia oferty konsorcjum, a w dalszej konsekwencji również unieważnienia postępowania, które stanowiły nowe czynności w postępowaniu.

Izba uznała, iż uwzględnienie przez zamawiającego protestu konsorcjum nie naruszało interesu prawnego odwołującego, co czyniło przedmiotowe odwołanie niezasadnym, na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl. Ocena, czy na skutek czynności zamawiającego mogło dojść lub doszło do naruszenia interesu prawnego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, musi być dokonana w odniesieniu do okoliczności towarzyszących prowadzonemu postępowaniu, w którym miało dojść do naruszenia przepisów ustawy. Samo dążenie do unieważnienia postępowania, jako zdarzenia otwierającego potencjalną możliwość ponownego złożenia oferty w kolejnym postępowaniu nie może uzasadniać twierdzenia o naruszeniu przez zamawiającego interesu prawnego wykonawcy. Czynność zamawiającego, która godziła w interes prawny odwołującego dokonana została zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 19.02.2010 (sygn. akt KIO/UZP 1910/09), w którym Izba potwierdziła, iż zamawiający był zobligowany do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl, a zatem czynność ta nie naruszała przepisu ustawy. Odwołujący nie wniósł skargi na wyrok KIO, który stanowił ostateczne rozstrzygnięcie protestu i zgodnie z którym zamawiający powtórzył czynność oceny ofert. W ocenie Izby odwołujący wyczerpał przysługujące mu środki ochrony prawnej, przy pomocy których mógł bronić swojej oferty w postępowaniu, zmierzając tym samym do uzyskania przedmiotowego zamówienia. Dalsze czynności podjęte przez zamawiającego nie mogły mieć wpływu na powstanie uszczerbku w interesie prawnym odwołującego, którego oferta nie mogła być brana pod uwagę przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Wielokrotnie w orzeczeniach sądów powszechnych podkreślana była konieczność odnoszenia interesu prawnego odwołującego do danego postępowania, w którym składany jest środek odwoławczy, a wykonawca, który złożył ofertę nie może mieć interesu prawnego tylko w unieważnieniu postępowania (np. w wyrokach SO w Warszawie z 06.06.2008, sygn. akt. V Ca 1040/08, czy też z 26.05.2008 r. sygn. akt. V Ca 927/08 oraz w wyroku SO w Białymstoku z 14.11.2008, sygn. akt II Ca 710/08). Brak uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy w uzyskaniu zamówienia lub nienaruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy nie oznacza, iż postępowanie odwoławcze nie może się rozpocząć, lecz jedynie to, że odwołanie w takich warunkach zostanie oddalone, po merytorycznym rozpoznaniu sprawy, na co wskazał w wyroku z dnia 17.04.2008 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu (sygn. akt X Ga 83/08).

Niezależnie od stwierdzenia podstawy do oddalenia odwołania z uwagi na brak naruszenia interesu prawnego odwołującego, Izba stwierdziła, iż niezgodność oferty konsorcjum z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazywana przez odwołującego, nie wystąpiła, a zatem również zarzuty odwołania były niezasadne. Odwołujący dokonał oceny zgodności oferty konsorcjum z wymaganiami normy PN-EN - 50130-5, a nie z treścią specyfikacji, w której zamawiający nie odwoływał się do parametrów

kamer stosowanych na zewnątrz, określonych w normie. W specyfikacji zamawiający określił jedynie ilości i miejsca, w których wymaga zainstalowania dodatkowych kamer zewnętrznych (załącznik nr 1 do siwz, str. 18 siwz). Skoro zamawiający nie określił w specyfikacji parametrów, jakie powinny spełniać kamery montowane na zewnątrz, to nie mógł później oceniać pod tym kątem ofert przygotowanych w oparciu o tak sformułowane zapisy siwz. Izba przyznała rację zamawiającemu, który twierdził, iż w takiej sytuacji prowadziłoby to do zmiany warunków siwz już po otwarciu ofert, co jest niedopuszczalne na gruncie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na tej podstawie Izba nie brała pod uwagę pisma prywatnego- opinii, złożonej przez odwołującego w poczet materiału dowodowego, która odnosiła się do oceny kamery na zgodność z wymaganiami polskiej normy.

W tych okolicznościach decyzja zamawiającego o uwzględnieniu protestu konsorcjum była prawidłowa, a odwołanie podlegało oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.). Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami zamawiającego stanowiącymi koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku), Izba obciążyła odwołującego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....