

Sygn. akt KIO/UZP 461/09

WYROK

z dnia 24 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

**Członkowie: Izabela Kuciak
Sylwester Kuchnio**

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 kwietnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **NT-MDT Europe B. V., 54-74C Nuenen, The Netherlands, De Pinckart 54** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Mikołaja Kopernika, 87-100 Toruń, ul. Gagarina 11** protestu z dnia **23 marca 2009 r.**

przy udziale **VECCO Instruments SAS 11 rue marie Poussepin BP 43-91412 Dourdan Cedex Francja**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **NT-MDT Europe B. V., 54-74C Nuenen, The Netherlands, De Pinckart 54**, i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **NT-MDT Europe B. V., 54-74C Nuenen, The Netherlands, De Pinckart 54**;
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx złotych) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,~~
- 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 **10 426, zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **NT-MDT Europe B. V., 54-74C Nuenen, The Netherlands, De Pinckart 54**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Dostawę mikroskopu sił atomowych połączonego z mikroskopem optycznym ramanowskim*”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 20 stycznia 2009 roku pod numerem 2009/S 12 – 016489.

Dnia 12 marca 2009 roku (pismem z dnia 10 marca 2009 roku) Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przeprowadzonego postępowania wskazując, iż wybrana została oferta uznana za najkorzystniejszą, złożona przez Veeco Instruments SAS w siedzibę w Dourdan Cedex - Francja (zwany dalej Przystępujący).

Dnia 23 marca 2009 roku (pismo z dnia 18 marca 2009 roku) Wykonawca – NT-MDT Europe B.V. z siedzibą w Nuenen - Holandia, wniósł protest czynnościom Zamawiającemu zarzucając:

1. Nierówne traktowanie wykonawców;
2. Wprowadzanie wykonawców w błąd;
3. Wybiórcze stosowanie przepisów Ustawy;
4. Nieodrzućenie oferty firmy Veeco Instruments;

żądając:

- 1) odrzucenia oferty firm Veeco Instruments;

oraz

- 2) unieważnienia przetargu.

Uzasadniając wskazał, iż ze względu na nierówne traktowanie wykonawców oraz niezgodne z Ustawą decyzje podejmowane przez Zamawiającego pozbawiły go możliwości uczestniczenia w przetargu nieograniczonym, który powinien być trybem najbardziej otwartym, a nie zastępować zakup z wolnej ręki.

1. Odnośnie nierównego traktowania wykonawców podniósł, że Przystępujący jest faworyzowana przez Zamawiającego, który za wszelką cenę stara się wybrać jej ofertę. Natomiast Protestujący (także nasz irlandzki oddział, który brał udział w poprzednim przetargu) jest dyskryminowana i spotyka się z utrudnieniami oraz bardzo rygorystycznymi

wymogami. W związku z powyższym domagał się równie rygorystycznego szczegółowego sprawdzenia oferty firmy Veeco pod kątem zgodności z SIWZ i Ustawą.

2. Odnośnie wprowadzania wykonawców w błąd.

Zamawiający poucza o środkach ochrony prawnej przysługujących Wykonawcom i powołując się na art. 184 Ustawy informuje, iż *"Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu"*. Informacja taka nie jest zgodna z aktualną Ustawą, która mówi o 10 dniach. Protestujący dopuszcza możliwość iż jest to pomyłka, jednak ponieważ pojawia się kilkakrotnie w różnych dokumentach stanowi zaniedbanie pracowników Zamawiającego zajmujący się zamówieniami publicznymi.

3. Odnośnie wybiórczego stosowanie przepisów Ustawy.

Zamawiający już w poprzednim przetargu wykazał się swobodnym podejściem do przepisów Ustawy, co spowodowało konieczność unieważnienia przetargu. Tuż przed otwarciem ofert na stronie Zamawiającego pojawiły się odpowiedzi na pytania zadane przez jednego z Wykonawców. Pismo to nie zawiera żadnej daty i trudno jest stwierdzić, kiedy pojawiło się na stronie internetowej Zamawiającego. Istotny jest jednak fakt, iż odpowiedzi na pytania modyfikują treść SIWZ w sposób znaczący. Pozwalają m.in. na omięcie jednego z kryteriów technicznych i przedłużają czas dostawy. Taka modyfikacja jest możliwa zgodnie z art. 38 Ustawy, jednak wiąże się ona z koniecznością opublikowania modyfikacji SIWZ (a w tym wypadku także wzoru umowy) i przedłużeniem terminu składania ofert. Zamawiający zmiany SIWZ wprowadził w sposób, który uniemożliwił zastosowanie ich w ofercie. Jedyne firma Veeco, która prawdopodobnie była autorem tych pytań, uwzględniła odpowiedzi w swojej ofercie, co miało ogromny wpływ na ocenę ofert.

4. Odnośnie nieodrżucenia oferty firmy Veeco Instruments.

Zgodnie z SIWZ: *"Rozdział VIII: Wadium (...)*

2) Wadium może być wnoszone w formach dopuszczonych przez art. 45 ust. 6 Ustawy Pzp".

Zgodnie z art. 45 Ustawy:

„6. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

1) pieniądzu; (...)

7) wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego".

Zgodnie z załącznikiem 8 do oferty firmy Veeco Instruments wadium zostało wpłacone gotówką w kasie banku Millennium. Wpłata gotówkowa nie jest przelewem na rachunek bankowy.

Sygn. akt: KIO/UZP 663/08

Zgodnie z Wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 14 lipca 2008r.:

"Zgodnie z art. 45 ust. 7 ustawy Pzp wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Powyższe jednoznacznie wskazuje na obowiązek bezgotówkowego rozliczenia wadium w drodze przelewu bankowego oraz wyklucza możliwość dokonywania wpłat gotówkowych na rachunek zamawiającego, przy czym nieistotne jest, czy wpłata dokonywana byłaby w kasie banku prowadzącego rachunek zamawiającego, czy też innego banku. Przepis mówi o przelewie, który jest rozliczeniem bezgotówkowym j zgodnie z treścią art. 63 ust. 3 pkt 1 i art. 63 c ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002, Nr 72, poz. 665 z późn. zm.) polega na obciążeniu rachunku dłużnika określoną kwotą i uznaniu tą kwotą rachunku wierzyciela."

Nieprawidłowość wpłaty gotówkowej wadium zostało potwierdzone także innymi wyrokami Zespołu Arbitrów z dnia 4 czerwca 2007 r. (Sygn. akt UZP/ZO/0-63S/07) i z dnia 10 października 2008 r. (Sygn. akt UZP/ZO/0-2788/0S).

W związku z powyższym oferta firmy Veeco polega odrzuceniu na podstawie art. 89 Ustawy ust. 1 pkt. 5, ponieważ wykonawca podlega odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4, jako wykonawca, który nie wniósł prawidłowego wadium. Oferta Veeco podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 Ustawy ust. 1 pkt. i, 2 i 8, ponieważ wadium zostało wniesione niezgodnie z SIWZ, Ustawą i Prawem bankowym, jak to wykazano w cytowanym powyżej wyroku Zespołu Arbitrów. Oferta Veeco stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 1993 r. Nr 47, poz. 211; z późn. zm.). W szczególności narusza ona art. 10.1 tej ustawy poprzez wprowadzanie w błąd co do istotnych cech oferowanego towaru. Chodzi tu głównie o sformułowanie zawarte w ofercie Veeco na stronie 47 (Załącznik 11) LP 8 *"Zestaw umożliwiający integrację sprzętową (elektroniczną, mechaniczną i optyczną) oraz programową systemu AFM BioScope fi oraz spektrometru ramanowskiego (...)"*.

Systemy AFM/Raman są oferowane przez kilka firm na całym świecie, jednak firma Veeco takich systemów w swojej ofercie nie posiada. Firma Renishaw, która jest producentem zaoferowanego przez Veeco spektrometru współpracuje z dwoma producentami systemów AFM -jednym z nich jest nasza firma, a drugim inna firma - Veeco nie współpracuje z Renishaw nad zintegrowanymi systemami AFM/Raman. Veeco jedynie kupuje gotowy spektrometr. Podobnie w przypadku innych producentów spektrometrów: żaden z nich nie deklaruje współpracy z firmą Veeco, podobnie firma Veeco o takiej współpracy z jakimkolwiek producentem spektroskopów nie informuje. Veeco nie posiada też w swojej ofercie własnych spektrometrów ramanowskich, które mogłby integrować z własnymi

mikroskopami. Deklaracje firmy Veeco na temat posiadania systemów zintegrowanych AFM/Raman w istotny sposób naruszają nasz interes prawny, ponieważ tego typu systemy stanowią nasz główny produkt, w który inwestujemy znaczne środki, także na współpracę z producentami spektrometrów nad ich integracją. Dlatego też, naszym zdaniem, tego typu informacje podawane w ofercie Veeco stanowią czyn nieuczciwej konkurencji i wprowadzają w błąd. Wnikliwa analiza oferty Veeco pozwala stwierdzić, że firma potrafi jedynie postawić AFM na mikroskopie odwróconym i podłączyć mikroskop odwrócony do spektrometru, jednak nie wykazuje możliwości połączenia czy integracji AFM i Raman. Deklarowane "*zintegrowane oprogramowanie*" to jedynie skrypt, których uruchamianie obydwu urządzeń i nie zasługuje na rozpatrywanie w kategorii oprogramowanie. Nie ma też rzetelnych informacji na temat badań AFM/Raman takich, jakich obrazowanie TERS (TERS mapping), który można uznać za dobry wyznacznik integracji sprzętowej.

Ze względu na powyższe oferta Veeco powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy, ponieważ jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zgodnie z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (a w szczególności art. 10, 14 i 16).

W związku z powyższymi zarzutami Protestujący wniósł o odrzucenie oferty Veeco Instruments:

- na podstawie art. 89 Ustawy ust. 1 pkt. 5, z uwagi na art. 24 ust. 2 pkt. 4, i/lub
- na podstawie art. 89 Ustawy ust. 1 pkt. 1,2 i 8, i/lub
- na podstawie art. 89 Ustawy ust. 1 pkt 3,
oraz o unieważnienie przetargu
- na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1, i/lub
- na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7., ze względu na brak możliwości zawarcia ważnej umowy zgodnie z art. 146 ust.1 pkt 6.

Dnia 24 marca 2009 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 26 marca 2009 roku do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił Wykonawca Veeco Instruments SAS w siedzibą w Dourdan Cedex - Francja.

Dnia 31 marca 2009 roku (pismo z dnia 30 marca 2009 roku) Zamawiający protest oddalił.

Uzasadniając wskazał, iż:

Ad 1) W uzasadnieniu tego zarzutu Protestujący stwierdził, że *"firma Veeco jest faworyzowana"*, a NT-MDT dyskryminowana. Jednakże nigdzie w treści protestu nie zawarto konkretnego zarzutu ani nawet uzasadnienia własnego stanowiska, dlatego Zamawiający nie może podjąć polemiki w tym aspekcie. Protestujący domaga się *"rygorystycznego i szczegółowego sprawdzenia oferty firmy Veeco"*, Zamawiający spełnił to żądanie i dodatkowo zapewnia, że traktuje wszystkich wykonawców tak, jak wymaga tego ustawa PZP i dobre obyczaje. Sugestie o nierównym traktowaniu Zamawiający odrzucił jako nieprawdziwe.

Ad 2) W decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 10.03.2009, w akapicie pouczającym o środkach ochrony prawnej, umieszczono treść: *„Zgodnie z art. 184 ustawy Prawo zamówień publicznych od rozstrzygnięcia protestu wykonawcom przysługuje odwołanie. Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu (...)"*. Na tej podstawie Protestujący poczuł się wprowadzony w błąd i wyprowadził ogólną tezę o wprowadzaniu w błąd wykonawców. Bez wątpienia jest to uchybienie (literówka), ale w ocenie tego błędu należy uwzględnić, że w cytowanym pouczeniu Zamawiający odwołał się do właściwego artykułu ustawy PZP (art. 184), który mówi o 10-dniowym terminie. Zwrócił również uwagę, że oprotestowany błąd nie mógł mieć żadnych skutków prawnych dla wykonawców, ponieważ dotyczył odwołaniu, a nie protestu.

Na obecnym etapie postępowania, gdy odwołanie jest już prawnie możliwe, Zamawiający pouczy wykonawców o przysługujących im środkach ochrony prawnej - bez nie fortunnej literówki. W świetle powyższych argumentów Zamawiający oddaliła protest w tym zakresie.

Ad 3) Protestujący nie sprecyzował, co rozumie przez *"wybiórcze stosowanie przepisów Ustawy"*. Tak sformułowany zarzut sugeruje, że niektóre przepisy ustawy PZP są stosowane, a inne nie, co samo w sobie nie łamie prawa, zważywszy szeroki zakres problemów normowanych przez Ustawę. Jednak w żadnym akapicie omawianego punktu Protestujący nie wskazał artykułu ustawy, który zostałby - zdaniem Protestującego - złamany. W ogólności Protestujący kwestionuje działania Zamawiającego związane z udzieleniem odpowiedzi na pytania, które wpłynęły na 7 dni przed terminem nadsyłania ofert. Zwracamy uwagę, że pierwsze trzy pytania sformułowane były następująco: *"Czy Zamawiający DOPUSZCZA"*, a dalej następowała treść merytoryczna w każdym

przypadku związana z drobną liberalizacją wymogów technicznych. Odpowiedź brzmiała „TAK”, co oznacza tyle, że spektrum oferowanej aparatury mogło (ale nie musiało) być poszerzone, Dlatego teza, że dopuszczona liberalizacja utrudniła przygotowanie oferty nie jest uzasadniona. Czwarte pytanie dotyczyło zmiany (również liberalizacji) kar umownych i na to Zamawiający nie wyraził zgody, ponieważ nie leżało to w dobrze rozumianym interesie Uczelni. Piąte pytanie brzmiało: *"Czy Zamawiający dopuszcza zmianę terminu wykonania zamówienia publicznego na 15 czerwca 2009 r."*. Twierdząca odpowiedź oznaczała FAKULTATYWNE osłabienie pierwotnego wymogu (o miesiąc) i również w żaden sposób nie utrudniała przygotowania oferty. W świetle przytoczonej argumentacji zmiana (wydłużenie) terminu składania ofert nie była zasadna, Z kolei zastrzeżenia Protestującego dotyczące braku daty na udzielonej odpowiedzi są w tym samym stopniu niezrozumiałe, co bezzasadne i nielogiczne. Niezrozumiałe -ponieważ treść pytań opublikowano 23.02.2009, czyli w dniu ich przesłania do Zamawiającego. Było to na tydzień przed terminem składania ofert. Data opublikowania jest możliwa do zweryfikowania przez skanery sieciowe oraz w zapisie logów na serwerze pocztowym. To samo dotyczy odpowiedzi umieszczonej równocześnie z pytaniami. Bezzasadne - ponieważ żaden przepis ustawy PZP nie wymaga umieszczenia daty na tego rodzaju dokumencie, ponieważ istotna jest data publikacji; a nie data zredagowania. Nielogiczne - ponieważ postanowienia specyfikacji z opisanymi wyżej zmianami zostały bez zastrzeżeń zaakceptowane przez wszystkich uczestników postępowania, co znalazło wyraz w braku protestu do SIWZ. Ogólna teza, jakoby zmiany w s.i.w.z. uniemożliwiły Protestującemu uwzględnienie ich w ofercie, jest nieprawdziwa, ponieważ uwzględnienie ich NIE BYŁO OBLIGATORYJNE i jak takie nie mogło mieć (i nie miało) wpływu na ocenę ofert. Warto zwrócić w tym miejscu uwagę na fakt, że Protestujący nie zaakceptował wzoru umowy ani na warunkach pierwotnych, ani na fakultatywnie zliberalizowanych w tym sensie, że nie złożył wymaganego zobowiązania do podpisania takiego kontraktu, co było jednym z 22 powodów odrzucenia jego oferty. Jednak Protestujący nie wniósł zastrzeżeń do SIWZ.

W świetle powyższych argumentów zamawiający oddalił protest w tym zakresie.

Ad 4) Protestujący kwestionował prawidłowość wniesienia wadium i wywodził konieczność wykluczenia firmy Vecco. Bezsporne jest – zdaniem Zamawiającego, że wadium od firmy Vecco zostało wpłacone w wymaganej postaci (w pieniądzu), wysokości, skutecznie i w terminie. Bezsporne jest również, że wpłaty wadium dokonano gotówką w kasie banku

Millenium, a nie przelewem, jak tego wymaga art. 45 ust. 7 ustawy PZP. Zwrócił uwagę, że ustawa PZP nie przewiduje żadnych sankcji wobec wykonawcy (w szczególności wykluczenia z postępowania), który naruszy artykuł (45 ust. 7), zatem żądanie odrzucenia oferty Veeco na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP jest bezzasadne. Artykuł 24 Ustawy precyzyjnie określa zasady wykluczania wykonawców. Przepis, na który powołuje się Protestujący, mówi o fakcie niewniesienia wadium, a nie o sposobie jego realizacji, a przecież wadium zostało wniesione, co jest faktem niekwestionowanym. Protestujący przytacza orzeczenie KIO (sygn. Akt: KIO/UZP 663/08), które ma być poparciem słuszności żądania wykluczenia firmy Veeco. Niezrozumiałe są przesłanki manipulowania zarówno sentencją przytoczonego precedensu, jak i selektywnym cytatem, ponieważ orzeczenie jest jednoznacznie niekorzystne dla odwołującego. Cytowane orzeczenie KIO w całej rozciągłości wspiera przytoczoną wyżej argumentację Zamawiającego. Zamawiający zdaje sobie sprawę, że archiwalne orzeczenia Zespołu Arbitrów i obecne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej mogą być różne w podobnych sprawach, jednak zdecydowanie stoi na stanowisku, że intencją Ustawodawcy była nie sama forma złożenia wadium, ale istota zabezpieczenia, złożonego w wyznaczonym terminie i wysokości. Na poparcie takiego poglądu można przytoczyć zarówno orzeczenia KIO, jak i wyrok sądu. W świetle powyższych argumentów i faktów Zamawiający oddalił protest w tym zakresie.

Dodatkowo Zamawiający podniósł, iż należy wyraźnie podkreślić, że zgodnie z art. 179 ustawy PZP środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, którego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przypomniał, że oferta firmy NT~MDT została odrzucona i decyzji tej Protestujący nie kwestionował. Bezsporne zatem jest, że Protestujący nie ma interesu prawnego (ani faktycznego) w żądaniu odrzucenia oferty konkurencyjnej, bo nie ma możliwości prawnej pozyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Z tego powodu protest, zdaniem Zamawiającego, jako całość jest bezprzedmiotowy.

Poza wymienionymi na wstępie czterema zarzutami, Protestujący postawił tezę, że firma Veeco *"wprowadza w błąd"* poprzez umieszczenie w ofercie (Załącznik 11) zdania: *"Zestaw umożliwiający integrację sprzętową (...)"*. Niestety Protestujący nie sprecyzował, kogo cytowane zdanie wprowadza w błąd. Jeżeli miał na myśli siebie, to jest to sprawa pomiędzy wykonawcami, i nie musi być komentowana przez Zamawiającego, ponieważ nie ma to znaczenia dla przedmiotowego postępowania. Jeżeli miał na myśli Zamawiającego, to

Zamawiający wyjaśnił, że nie wymagał Integracji sprzętowej i nie oceniał oferty pod tym kątem. Wymogi techniczne Zamawiającego oraz sposób dokonania oceny zostały jasno i jednoznacznie sprecyzowane w SIWZ. W żadnym punkcie SIWZ Zamawiający nie wymagał integracji systemów AFM, spektrometru ramanowskiego i mikroskopu optycznego. Zwrócił uwagę, że również sam tytuł postępowania: *"Dostawa mikroskopu sił atomowych połączonego z mikroskopem optycznym ramanowskim"* świadczy o tym, że Zamawiający nie wymagał integracji. Wywody Protestującego na temat możliwości integracji sprzętowej u różnych (innych) producentów są – zdaniem Zamawiającego - całkowicie bezprzedmiotowe.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 10 kwietnia 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty i żądania jak w proteście.

Dnia 17 kwietnia 2009 roku (pismo z dnia 15 kwietnia 2009 roku) do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego – przystąpił Wykonawca Veeco Instruments SAS w siedzibą w Dourdan Cedex - Francja.

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 ofert i wyjaśnień do nich zgłoszonych, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący nie legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż *środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale (przyp. Dział VI ustawy Pzp) przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.*

Tym samym uznać należy, iż środki ochrony prawnej przysługują podmiotom uprawnionym do ich wnoszenia pod warunkiem wykazania, że ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów

ustawy. Oznacza to, że wykonawca korzystający ze środków ochrony prawnej musi wykazać, że zamawiający naruszył przepis ustawy Pzp w wyniku, którego to naruszenia interes prawny korzystającego wykonawcy doznał lub mógł doznać uszczerbku.

W przedmiotowym postępowaniu trudno jest przyznać Odwołującemu się aby w sposób dostateczny uwiarygodnił posiadanie interesu prawnego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wskazuje na powyższe chociażby fakt przygotowania i złożenia oferty Zamawiającemu. Trudno jest uznać, aby wykonawca, którego oferta została odrzucona z uwagi na niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia aż w 16 parametrach, czy też niezłączenia do oferty dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych – dotyczących 6 warunków, który na czynność zamawiającego nie protestuje posiada interes prawny. Zgoda Odwołującego się wyrażona, poprzez niezłożenie środka ochrony prawnej – protestu – na czynność zamawiającego skutkującą odrzuceniem oferty Odwołującego się z jednoczesnym podważaniem prawidłowości czynności zamawiającego względem konkurencyjnej oferty Przystępującego nie znajduje, zdaniem Izby pozytywnej przesłanki pozwalającej na uznanie za spełnione wymogu posiadania interesu prawnego Odwołującego.

Wykazanie przez Odwołującego się 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, to jest zostało wykazane naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, czy przepisów zawartych w aktach wykonawczych wydanych na tej podstawie.

Odwołujący się, na rozprawie podnosił, iż z pewnością w przyszłym postępowaniu – w przypadku uznania jego zarzutów za zasadne – złoży ofertę kompletną, zawierającą wszystkie wymagane dokumenty i będzie parametrami technicznymi potwierdzała spełnienie wymogów stawianych przez Zamawiającego. Jednakże Izba stoi na stanowisku, że jedną z podstawowych przesłanek pozwalających na żądanie unieważnienia postępowania jest w pierwszej kolejności wykazanie, że w przedmiotowym postępowaniu działanie Zamawiającego spowodowało uszczerbek w naruszeniu interesu prawnego Odwołującego. Odwołujący takiego uszczerbku nie udowodnił, co potwierdza również brak zaskarżenia czynności Zamawiającego względem własnej oferty. Ponadto Izba stwierdziła, że interes prawny Odwołującego się nie może być oceniany pod kątem ewentualnego, przyszłego i niepewnego udziału Odwołującego się w innym postępowaniu.

Izba nie zgadza się również ze stanowiskiem Odwołującego się w zakresie, iż każdy Wykonawca, na każdym etapie i względem każdej czynności posiada ustawową legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej. Takie stanowisko nieodpowiada normie wynikającej z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, która nakazuje wykazaniem się posiadania interesu prawnego z wykazaniem uszczerbku w tym interesie. Odmienne stanowisko prowadziłyby do nadmiernego i bezpodstawnego wykorzystywania środków ochrony prawnej przez wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co w konsekwencji prowadzić mogłoby do stawiania zarzutów Zamawiającemu bez względu na skutki, jakie te czynności mogą wywoływać.

Interes prawny wykonawcy w zaskarżaniu czynności zamawiającego bądź ich zaniechaniu, ograniczony jest do uszczerbku w interesie poszczególnego wykonawcy, a nie w interesie innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu bądź w interesie ogólnej normy obowiązku przestrzegania ustawy. Uzasadniony jest przy tym pogląd o interesie prawnym wykonawcy w sytuacji, jeżeli dochował on należytej staranności na każdym etapie postępowania, również w przedmiocie własnej oferty.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli 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) na niniejszy wyrok - 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*