

Sygn. akt KIO 2533/10

WYROK

z dnia 30 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Asseco Systems S.A., ul. 17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa** od czynności zamawiającego **Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Damovo Polska Sp. z o.o. ul. Postępu 21, 02-676 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Asseco Systems S.A., ul. 17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Asseco Systems S.A., ul. 17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa,** tytułem wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Ministerstwo Finansów w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia pn. „Rozwój zintegrowanego systemu dla administracji celnej”. Pismem z dnia 12 listopada 2010 r. zamawiający przekazał odwołującemu Asseco Systems S.A., informację o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz o wyborze oferty Damovo Polska sp. z o. o. jako najkorzystniejszej.

Wykonawca Asseco Systems S.A. wniósł odwołanie wobec powyższych czynności oraz wobec zaniechania wykluczenia Damovo Polska sp. z o. o., zaniechania odrzucenia oferty Damovo Polska sp. z o. o. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Pzp, przez dokonanie badania i oceny oferty z rażącym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przez bezzasadne wykluczenie odwołującego z postępowania,
- art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Damovo Polska sp. z o. o. z postępowania,
- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Damovo Polska sp. z o. o., pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Damovo Polska sp. z o. o., pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
- art. 7 ust. 1 Pzp, przez dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz sformułowanie wymagań co do terminu realizacji zamówienia i co do wymaganego ubezpieczenia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, przez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo, iż dotknięte jest wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, wyboru oferty Damovo Polska sp. z o. o., powtórzenia badania i oceny ofert, wyboru oferty odwołującego, ewentualnie nakazanie zamawiającemu powtórzenia badania i oceny oferty Damovo Polska sp. z o.o. oraz unieważnienia czynności wyboru tej oferty i unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, iż zamawiający, dokonując opisu sposobu

spełniania warunków udziału w postępowaniu, postawił wymagania, aby wykonawca dysponował personelem, w skład którego wchodzi 4 osoby (Kierownik Projektu, Główny Projektant, Kierownik Robót i Architekt ds. eksploatowanych systemów informatycznych) posiadające: 1) uprawnienia instalatora systemu SWOC, potwierdzone odpowiednim certyfikatem lub doświadczenie przy realizacji systemu SWOC na przejściach granicznych, poparte udziałem w ciągu ostatnich 3 lat w minimum 2 wdrożeniach systemu SWOC, 2) uprawnienia instalatora systemu TCS, potwierdzone odpowiednim certyfikatem lub doświadczenie przy realizacji systemu TCS na przejściach granicznych, poparte udziałem w ciągu ostatnich 3 lat w minimum 2 wdrożeniach systemu TCS.

Wyjaśnił, że systemy SWOC i TCS są dedykowane i wytworzone na potrzeby zamawiającego przez spółkę pod firmą IPP sp. z o. o. z grupy T4B. Wymagane certyfikaty wydawane są wyłącznie przez firmę IPP sp. z o. o., a pozyskanie osób posiadających wymagane doświadczenie jest możliwe wyłącznie przez pozyskanie pracowników lub podwykonawców firmy IPP sp. z o. o. lub T4B sp. z o. o. Zatem, spełnienie omawianego warunku możliwe jest jedynie pod warunkiem nawiązania odpowiedniej relacji z ww. firmami. Odwołujący podkreślił, że grupa T4B de facto decyduje o losach postępowania, co rażąco narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że przystępując do negocjacji uznał, że przy założeniu racjonalnej wykładni omawianych wymagań, bądź otwartej postawy firmy grupy T4B, z którą w przeszłości odwołujący współpracował, możliwe będzie ubieganie się o przedmiotowe zamówienie i spełnienie omawianego warunku, przez pozyskanie certyfikatów lub zasobów firmy IPP sp. z o. o., bądź, w wypadku modyfikacji treści wymagania w toku negocjacji lub w wypadku liberalnej jego wykładni, przez posłużenie się osobami posiadającymi analogiczne (równoważne) kompetencje i doświadczenie jak wymagane.

W toku postępowania odwołujący zwracał się kilkakrotnie do firm IPP sp. z o. o. oraz T4B sp. z o.o., z propozycją współpracy oraz o udostępnienie wymaganych zasobów. Firma IPP sp. z o. o. wyraziła zainteresowanie współpracą i w jednym z pism wskazała osoby, które wstępnie zamierza przeznaczyć do udostępnienia odwołującemu. Po czym, tłumacząc się problemami organizacyjnymi, opóźniała decyzję, a ostatecznie zaniechała kontaktów z odwołującym. Odwołujący mając jednak nadal nadzieję na udostępnienie niezbędnych zasobów złożył ofertę nie wykazując wymaganego doświadczenia, zakładając, iż uzupełni dokumenty po ich otrzymaniu. Jednak osoby wstępnie wskazane przez IPP sp. z o. o./T4B sp. z o. o. zostały udostępnione spółce Damovo Polska sp. z o. o.

W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, pismem z dnia 4 listopada 2010 r. odwołujący wyjaśnił przyczynę nie załączenia ich do oferty oraz wskazał, że personel odwołującego spełnia wszystkie pozostałe wymagania i posiada kompetencje niezbędne do wykonania zamówienia lecz nie może wylegitymować się certyfikatami wydawanymi przez

IPP sp. z o. o. jak również, poza jedną osobą, nie ma wymaganego doświadczenia.

Odwołujący podniósł, że wymagając przedstawienia dokumentu lub personelu, który możliwy jest do uzyskania wyłącznie od spółek z grupy T4B, zamawiający postawił wymaganie nieuzasadnione i sprzeczne z zasadami prawa zamówień publicznych. Stwierdził, iż spełnienie tego wymagania było możliwe, gdyż w uprzednim postępowaniu dotyczącym tego samego przedmiotu zamówienia, unieważnionym przez zamawiającego, odwołujący uzyskał wsparcie ze strony grupy T4B. Zatem w początkowej fazie postępowania skutek wadliwego zdefiniowania warunków nie był widoczny, jednak po odmowie współpracy przez wskazane powyżej firmy wszystkim podmiotom, oprócz Damovo Polska sp. z o. o., nie ma wątpliwości, że postawione warunki są dyskryminacyjne.

W ocenie odwołującego, okoliczności sprawy wskazują, iż działanie polegające na złożeniu oferty przy wsparciu podmiotu trzeciego, który równocześnie odmawia wsparcia innemu wykonawcy, z bardzo dużym prawdopodobieństwem stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i czyn nieuczciwej konkurencji spełniający przesłanki opisane klauzulą generalną z art. 3 ust. 1 UZNK. Jest to wymuszenie udzielenia zamówienia określone przedsiębiorcy. Działanie Damovo Polska sp. z o. o. oraz firm T4B sp. z o. o. i IPP sp. z o. o. można ocenić jako „działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami”, które „zagroza lub narusza interes innego przedsiębiorcy”. Eliminacja z postępowania konkurentów przy wykorzystaniu wymagania sprzecznego z ustawą stanowi naruszenie co najmniej dobrych obyczajów i jest to działanie bezpośrednio godzące w interesy odwołującego.

Odwołujący zarzucił także, iż treść oferty Damovo Polska sp. z o. o. nie odpowiada treści siwz. Zgodnie z rozdziałem „Wymagania ogólne”, pkt 7.1.6. (str. 11) siwz, zamawiający wymagał, by oprogramowanie, serwery sterujące, lokalne punkty styku oraz aparaty IP pochodziły od tego samego producenta.

Jak wynika z oferty Damovo Polska sp. z o. o., firma ta oferuje rozwiązanie oparte o serwer telekomunikacyjny MX-One Telephony Server produkcji firmy Aastra. Tymczasem zawarty w ofercie opis (załącznik do formularza oferty, pkt. 1.1 i 1.2) zawiera informację, że oferowanym oprogramowaniem, systemem operacyjnym serwera sterującego MX-One Telephony Server, jest SUSE Linux Enterprise Server 10, który jest produktem firmy Novell. Ponadto, wymaganie powyższe nie jest spełnione w pkt 2 Załącznika do formularza oferty - System Taryfikacji – gdzie, co prawda nie został wymieniony z nazwy zastosowany produkt, jednak z pewnością nie jest to rozwiązanie firmy Aastra, ponieważ taki system nie jest oferowany przez tę firmę.

W pkt. 7.1.4 zamawiający wymaga, aby dostępna była: „Możliwość obsługi zestawianych równoległe z połączeniem głosowym połączeń wideo, realizowanych przez

terminale producenta systemu VoIP (...). Firma Aastra nie oferuje aparatu, który tę funkcję spełnia. Jedyne terminal z dużym kolorowym graficznym ekranem Aastra 6739i nie obsługuje funkcjonalności wideo rozmów i nie posiada kamery do dwustronnej komunikacji wideo.

W pkt. 8.1.6, 8.1.23 i 8.2.14 siwz opisano właściwości Serwera sterującego, Systemu lokalnego styku pomiędzy telefonią IP, a zewnętrznymi systemami telefonicznymi - typ I oraz Systemu lokalnego styku pomiędzy telefonią IP, a zewnętrznymi systemami telefonicznymi - typ II. Zamawiający wymagał: „Urządzenie powinno być wyposażone w wbudowane, dwa redundantne zasilacze o napięciu wejściowym zgodnym z napięciem jakim oferowane urządzenie będzie zasilane zapewniające podtrzymanie zasilania na minimum 2 godziny.” Rozwiązanie MX-One zaproponowane przez Damovo Sp. z o.o. przewiduje zasilanie awaryjne korzystające z baterii akumulatorów będących źródłem zasilania dla urządzeń w przypadku zaniku napięcia sieciowego. Baterie akumulatorów nie są jednak wbudowane w urządzenie, lecz instalowane jako oddzielny element w specjalnie do tego przeznaczonej obudowie.

Odwołujący podniósł, że Damovo Polska sp. z o. o. podlega również wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, zamawiający wymaga „posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.”. Firma Damovo Polska Sp. z o.o. nie jest uprawniona do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w wzorze umowy w §1 pkt. 7, tj. transmisji danych, gdyż nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym i nie posiada uprawnień do wykonywania tej działalności, zgodnie z Prawem Telekomunikacyjnym, w szczególności z art. 10. Zdaniem odwołującego, w związku z treścią art. 24 ust. 2 pkt. 2 i 3 Pzp, zamawiający winien wykluczyć Damovo Polska sp. z o. o. z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a ponadto z powodu złożenia nieprawdziwej informacji, która ma wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wskazał, że z chwilą uzyskania przez zamawiającego informacji o odmowie udostępnienia zasobów odwołującemu przez firmy T4B sp. z o. o. oraz IPP sp. z o. o., zaistniały podstawy do unieważnienia postępowania. Stwierdził, iż gdyby zamawiający sformułował zaproszenie oraz siwz prawidłowo, z pominięciem wadliwego wymagania, ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu byłaby bądź oferta odwołującego bądź innego z wykonawców, którzy nie złożyli ofert, z uwagi na dyskryminacyjny opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym, odwołujący postawił zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 Pzp. Odwołujący wyjaśnił, iż nie wniósł odwołania wobec treści zaproszenia ani siwz, przystąpił do negocjacji, a następnie złożył ofertę. Oświadczył, iż przedmiotem odwołania są działania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert dokonane w oparciu o wadliwe skonstruowane wymagania.

Zamawiający złożył w toku posiedzenia odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, iż zarzuty i żądania odwołania są ze sobą sprzeczne. Podkreślił, iż odwołujący znał wymagania zamawiającego już w momencie zaproszenia do negocjacji (20 października 2010 r.), wziął jednak udział w negocjacjach i następnie złożył ofertę nie zawierającą wymaganych dokumentów. Zamawiający wyjaśnił, iż postawione w postępowaniu wymagania są niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia. Według wiedzy zamawiającego, osoby posiadające wymagane kwalifikacje są dostępne na rynku i istniała możliwość ich pozyskania przez wykonawców. Sam odwołujący realizował dla zamawiającego wdrożenia systemów SWOC i TCS w kilkunastu lokalizacjach. Ponadto, zamawiający wskazał, że firma IPP Sp. z o.o. realizuje szkolenia w zakresie ww. systemów bez ograniczeń, co potwierdza informacja zawarta na stronie internetowej IPP Sp. z o.o.

W dniu 26 listopada 2010r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Damovo Sp. z o.o., natomiast w dniu 29 listopada 2010 r. do Prezesa KIO wpłynęło zgłoszenie przystąpienia po stronie odwołującego przez firmę Unicom Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznania odwołania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień

publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 r. oraz 29 stycznia 2010 r.

Izba stwierdziła, że zgłaszający przystąpienie wykonawca Unicom Sp. z o.o. nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego. Zgodnie z art. 185 ust. 3 Pzp, przesłanką skuteczności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego jest wykazanie interesu w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron postępowania (strony, do której przystępuje). Wykonawca, który nie wykaże interesu, o którym mowa powyżej, nie staje się uczestnikiem postępowania odwoławczego. Przystępujący wskazywał, iż jego interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego polega na tym, że zgadza się z zarzutami odwołującego, oczekuje rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego i unieważnienia postępowania. W ocenie Izby, powyższe twierdzenia nie wyczerpują przesłanki interesu w zgłoszeniu przystąpienia. Wykonawca nie wykazał, iż posiada obiektywny interes w uwzględnieniu odwołania. Uwzględnienie odwołania nie może wpłynąć w jakikolwiek sposób na sytuację przystępującego w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca ten nie złożył oferty, a zatem nie bierze już udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba uwzględniła w powyższym zakresie opozycję zamawiającego przeciwko przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania.

Izba dopuściła wykonawcę Damowo Polska Sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba uznała, że wykonawca wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego, co skutkowałoby utrzymaniem wyboru oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej. Izba nie uwzględniła opozycji odwołującego przeciwko przystąpieniu Spółki Damovo, zgłoszonej w związku z twierdzeniem odwołującego, iż nie przekazano mu kopii przystąpienia. Fakt ten nie został przez odwołującego udowodniony.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zarzuty, dotyczące treści kwestionowanego przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu, w tym również nie dopuszczenia przez zamawiającego możliwości wykazania wymaganego doświadczenia osób wskazanych do realizacji zamówienia przez wykazanie doświadczenia odpowiadającego (równoważnego) doświadczeniu wymaganemu, zostały podniesione po terminie. Odwołujący sam przyznał zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie, iż dowiedział się o ostatecznej treści tych postanowień w momencie zaproszenia do składania ofert. Izba ustaliła, że w dniu 11 października 2010 r. zamawiający przekazał wykonawcom, w tym odwołującemu, odpowiedzi na pytania wykonawców, w którym to piśmie w odpowiedzi na

pytanie nr 18 zamawiający wyjaśnił i podtrzymał kwestionowaną treść warunku i sposobu oceny jego spełniania. Nie można się zgodzić z twierdzeniem odwołującego, iż brak było podstaw do składania odwołania na tym etapie postępowania, gdyż dopiero w trakcie dalszego postępowania okazało się, że treść warunku narusza przepisy ustawy Pzp. Wszyscy wykonawcy otrzymali zaproszenie do udziału w negocjacjach, zawierające opis warunku, a następnie w dniu 14 października 2010 r. potwierdzili odbiór siwz. Ponadto, jak ustalono w toku postępowania na podstawie wyjaśnień zamawiającego, warunek o tej samej treści obowiązywał już we wcześniej prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu na ten sam przedmiot zamówienia, które to postępowanie zostało unieważnione. Wówczas odwołujący, uczestnicząc w konsorcjum, jako jedyny wykonawca złożył ofertę. Do oferty zostały załączone dokumenty potwierdzające, iż wykonawca ten spełnia kwestionowany obecnie warunek udziału w postępowaniu. Powyższych okoliczności odwołujący nie podważał w toku postępowania. Nie sposób zatem uznać, że odwołujący dopiero na etapie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej mógł ocenić konsekwencje płynące z treści warunku oraz dopiero wówczas powziął wiadomość, iż treść warunku i sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu narusza przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 7 ust. 1 Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, przez dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz sformułowanie wymagań co do terminu realizacji zamówienia i co do wymaganego ubezpieczenia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający spełnienie warunków udziału w postępowaniu zostały podniesione z uchybieniem ustawowego terminu do wniesienia odwołania (art. 182 ust. 3 pkt. 1 Pzp), co uzasadnia pozostawienie tych zarzutów bez rozpoznania.

Uwzględniając powyższe oraz uznając, że w pozostałym zakresie odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, Izba oddaliła odwołanie. Posiadanie legitymacji czynnej przez podmiot wnoszący odwołanie podlega badaniu przez KIO na rozprawie i ma na celu ustalenie dopuszczalności wniesienia odwołania. Stwierdzenie zatem przez Izbę braku legitymacji danego podmiotu do wniesienia odwołania prowadzi do oddalenia odwołania.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek: (1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, (2) poniósł lub może ponieść szkodę, (3) poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi,

który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z brzmieniem art. 2 pkt. 11 Pzp, przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Stosownie zatem do powyższego, należy uznać, iż odwołujący posiada status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący ubiegał się o zamówienie i złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Izby, pierwsza z przesłanek zawartych w art. 179 ust. 1 Pzp wskazująca, że legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej służy tylko takiemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, nie może zostać spełniona przez wykazanie posiadania interesu, rozumianego jako zainteresowanie w rozstrzygnięciu, które nie może być poparte normą prawa materialnego. Odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania danego zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia wniesionego środka ochrony prawnej.

Nadto, jak wynika z brzmienia analizowanego przepisu, interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi „danego” zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia konkretnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Izby, podmiot wnoszący odwołanie, nie może powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do przewidywanego w przyszłości zamówienia, w efekcie unieważnienia danego postępowania. Zgodnie z definicją zamówienia publicznego zawartą w art. 2 pkt 13 Pzp, przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Zauważyć zatem należy, że każde zamówienie publiczne (umowa) udzielone w określonych warunkach posiada określone cechy (w szczególności elementy istotne), które są określone w danej specyfikacji istotnych warunków zamówienia i związane z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia. Odwołujący musi zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp wykazać interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zdaniem Izby, tożsamość „zamówienia” nie wynika wyłącznie z tożsamości przedmiotu zamówienia, ale ze wszystkich istotnych warunków danego zamówienia. Ponadto, nie można wykluczyć, iż w przypadku unieważnienia danego

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, kolejne zamówienie na ten sam przedmiot zostanie w ogóle wszczęte.

Art. 179 ust. 1 Pzp wymaga także, aby łącznie z interese w uzyskaniu danego zamówienia odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę rozumianą zarówno jako strata (szkoda majątkowa) albo krzywda (szkoda niemajątkowa). Szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, co oznacza, że szkoda musi być w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Izba ustaliła, że odwołujący został wykluczony z postępowania z powodu niewykazania, że spełnia warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu określony w Rozdziale VI pkt 1 lit c Zaprośzenia do negocjacji, tj. wymagania (rozdz. VII pkt 5 ww. zaproszenia), by wykonawca dysponował personelem posiadającym uprawnienia instalatora systemu SWOC i TCA, potwierdzone odpowiednim certyfikatem, lub doświadczenie przy realizacji systemu SWOC na przejściach granicznych, poparte udziałem w ciągu ostatnich 3 lat w minimum 2 wdrożeniach ww. systemów. Odwołujący nie kwestionował powyższego faktu. Przyznał, zarówno w treści odwołania jak i na rozprawie, że nie spełnił ww. warunku, określonego przez zamawiającego, nie złożył wymaganych dokumentów w ofercie ani na skutek wezwania do uzupełnienia wymaganych dokumentów.

W ocenie Izby powyższa okoliczność, tj. przyznanie przez odwołującego, że jego wykluczenie z postępowania nastąpiło w wyniku nie wykazania spełniania przez odwołującego warunku określonego w zaproszeniu do negocjacji, potwierdza, że w przedmiotowym postępowaniu, w warunkach określonych jednoznacznie przez zamawiającego, odwołujący skutecznie został wykluczony.

Zauważyć należy, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i oparte na sztywnych regułach wynikających z ustawy Pzp. (tak orzekł Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 28 października 2005 r. sygn. akt V Ca 398/05). Ustalone dla danego postępowania warunki i zasady obowiązują bezwzględnie zamawiającego i wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W szczególności dotyczy to warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania przez wykonawców. Dlatego nie znajdują oparcia w przepisach ustawy Pzp twierdzenia odwołującego, iż posiada prawo kwestionowania czynności oceny ofert i wyboru

oferty najkorzystniejszej, z powodu dokonania ich przez zamawiającego w oparciu o wadliwie skonstruowane wymaganie. Podkreślić należy, że wykonawcy, w tym odwołujący nie skorzystali z prawa do zaskarżenia treści warunku w ustawowym terminie. W ocenie Izby, nie do przyjęcia jest praktyka zaskarżania przez wykonawców treści warunku dopiero wówczas, gdy jego efekt w postaci wyniku oceny ofert, jest niekorzystny dla danego wykonawcy wnoszącego odwołanie. Postanowienia określające warunki udziału w postępowaniu, które nie zostały skutecznie podważone przez wykonawcę w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej, należy uznać za wiążące i nie podlegające zmianie po upływie terminu składania ofert.

Odwołujący wskazywał w toku postępowania, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ działania zamawiającego w postaci określenia warunku w sposób utrudniający uczciwą konkurencję wprost pozbawiło odwołującego możliwości uzyskania tego zamówienia, a ponadto może narazić go na utratę wadium, a zaniechanie czynności wykluczenia z przedmiotowego postępowania konkurencyjnego wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty jest sprzeczne z interesem odwołującego, gdyż osłabia jego pozycję konkurencyjną. Odwołujący wskazywał także, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, jest narażony na poniesienie szkody w postaci: utraty zysku, który osiągnąłby z tytułu realizacji zamówienia oraz zysku, w szczególności wynikającego z realizacji zamówienia udzielonego po przeprowadzeniu nowego postępowania.

Izba uznała, że odwołujący niewątpliwie miał interes w uzyskaniu danego zamówienia - uczestniczył w negocjacjach (ubiegał się o zamówienie) i złożył ofertę. Został jednak wykluczony z postępowania w oparciu o obowiązujący w postępowaniu warunek udziału w postępowaniu. Wobec przyznania przez odwołującego tego faktu, należy uznać, iż odwołujący został skutecznie wykluczony z przedmiotowego postępowania. Wobec powyższego, zdaniem Izby, odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w tym interesu zarówno w domaganiu się dokonania ponownej oceny ofert, wykluczenia firmy Damovo Polska sp. z o. o. z postępowania, jak i w domaganiu się unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący nie ma na tym etapie postępowania żadnej możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, w szczególności - w wyniku wykluczenia wykonawcy Damovo Polska Sp. z o.o. z postępowania, odrzucenia oferty tego wykonawcy, ani również w wyniku unieważnienia postępowania. Ewentualne stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w powyższym zakresie nie może spowodować żadnych konsekwencji, które miałyby wpływ na obecną sytuację odwołującego w postępowaniu (pozycję wykonawcy wykluczonego z postępowania). Nie zachodzi zatem związek przyczynowy, w postaci normalnego

następstwa, pomiędzy zaniechaniem wykluczenia wykonawcy Damovo Polska Sp. z o.o. i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy a szkodą w postaci możliwości zatrzymania przez zamawiającego wadium, poniesieniu kosztów uczestniczenia w postępowaniu, czy też utracie zysku, który mógł być osiągnięty wskutek uzyskania przedmiotowego lub innego zamówienia.

Odwołujący przyznał w odwołaniu fakt, iż przystępując do negocjacji liczył na zmianę kwestionowanej w odwołaniu treści warunku oraz „mając nadal nadzieję na udostępnienie niezbędnych zasobów IPP sp. z o. o. lub T4B sp. z o. o., złożył ofertę nie wykazując wymaganego doświadczenia, zakładając, iż uzupełni niezbędne dokumenty na wezwanie zamawiającego, po otrzymaniu ich od wskazanych wyżej firm”. W powyższych okolicznościach nie budzi wątpliwości fakt, iż szkoda, którą wykazuje odwołujący, jest wyłącznie efektem ryzyka podjętego przez odwołującego w związku ze złożeniem oferty, pomimo braku 100% pewności, że jest w stanie wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Podkreślić należy przy tym, że w świetle art. 179 ust. 1 Pzp przesłanka, aby wykonawca posiadał interes w uzyskaniu „danego zamówienia” nie może być wykazywana jako możliwość uzyskania przyszłego zamówienia w przypadku unieważnienia postępowania. Jak wyjaśniono powyżej, przyszłe postępowanie dotyczyłoby nowego, innego zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, iż wypełnia łącznie wszystkie przesłanki, konieczne dla uzyskania legitymacji do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

W oparciu o stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do jego wyniku oraz zgodnie z § 3 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....