

WYROK
z dnia 3 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Stanisław Sadowy
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jarosława Kaźmierczaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Hardsoft Telekom, ul. Namysłowska 17/19, 60-166 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Poznań, Plac Kolegiacki 17, 61-841 Poznań** protestu z dnia 14 maja 2009 r.

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Jarosława Kaźmierczaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Hardsoft Telekom, ul. Namysłowska 17/19, 60-166 Poznań**

1

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 **Jarosława Kaźmierczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Hardsoft Telekom, ul. Namysłowska 17/19, 60-166 Poznań,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **107 zł 00 gr** (słownie: sto siedem złotych zero groszy) **Jarosława Kaźmierczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Hardsoft Telekom, ul. Namysłowska 17/19, 60-166 Poznań** na rzecz **Gminy Miasta Poznania, Plac Kolegiacki 17, 61-841 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie,
- 3) 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 **Hardsoft Telekom, ul. Namysłowska 17/19, 60-166 Poznań.**

UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę do siedziby Urzędu Miasta Poznania 350 zestawów komputerowych wykonawca **HARDSOFT TELEKOM Jarosław Kaźmierczak**, zwany dalej protestującym lub odwołującym wniósł protest na czynność zamawiającego - Urzędu Miasta Poznania polegającą na odrzuceniu oferty firmy tego wykonawcy.

Protestujący wyjaśnił, że w dniu 29.04.2009 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, wezwał go do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadanie przez komputery certyfikatu poprawnej pracy z systemem operacyjnym Microsoft Windows Vista - wydruk z witryny internetowej firmy Microsoft Windows Vista Hardware Compatibility List wraz z załącznikiem

Windows Logo Verification Report w polskiej wersji językowej (tłumaczenie na język polski poświadczone przez wykonawcę).

Wyjaśnił także, że w wyznaczonym terminie, tj. w dniu 06.05.2009 r. dostarczył dokumenty, o których uzupełnienie wzywał zamawiający, tj:

1. wydruk z witryny internetowej firmy Microsoft - Windows Vista Hardware Compatibility List (dołączony wcześniej do oferty),
2. załącznik Windows Logo Verification Report (dołączony wcześniej do oferty),
3. tłumaczenie załącznika Windows Logo Verification Report poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę (nie dołączony wcześniej do oferty).

Podał także, że z treści SIWZ wynika, że dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez wykonawcę oraz, że dokumentem, o którego uzupełnienie wnioskował zamawiający było tłumaczenie Windows Logo Verification Report, które to tłumaczenie protestujący dostarczył w wymaganym terminie.

Wskazał, że zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane, uwzględniający zmiany wprowadzone rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r., zmieniającym rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane dokumentem tym mogło być zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym (§ 3 pkt 2). Takim dokumentem, w ocenie protestującego, był Windows Logo Verification Report.

Protestujący wniósł o przywrócenie Hardsoft Telekom Jarosław Kaźmierczak do procedury przetargowej.

Zamawiający protest oddalił w całości.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający wyjaśnił, że pismem z dnia 29.04.2009 r. nr ZP.VIII/3410-21/09 protestujący został wezwany do uzupełnienia oferty o wydruk z witryny internetowej firmy Microsoft (Windows Vista Hardware Compatibility List) wraz z załącznikiem Windows Logo Verification Report w polskiej wersji językowej.

Potwierdził, że w SIWZ wymagano, aby wszystkie dokumenty sporządzone w języku obcym były składane wraz z tłumaczeniem na język poświadczonym przez wykonawcę.

Podniósł, że protestujący, niezgodnie z wymogiem zawartym w SIWZ i w wezwaniu do uzupełniania oferty, złożył wydruk z witryny internetowej firmy Microsoft (Windows Vista Hardware Compatibility List) wyłącznie w języku angielskim.

Odnosząc się do drugiego zarzutu protestującego, zamawiający stwierdził, że kwestionowanie zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie żądanych przez zamawiającego dokumentów, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 pkt. 2 ustawy Pzp, mogło nastąpić w terminie 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, czego protestujący nie uczynił. Co więcej, protestujący, składając ofertę, złożył oświadczenie, iż ofertę składa na podstawie informacji zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do której nie wnosi żadnych zastrzeżeń.

W odwołaniu odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie wobec:

1. odrzucenia jego oferty w wyniku nieuwzględnienia dokumentów dostarczonych zamawiającemu po wezwaniu do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
2. uznania przez zamawiającego strony internetowej jako dokumentu.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 25 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie jego oferty mimo, iż wszelkie dokumenty wymagane specyfikacją

istotnych warunków zamówienia zostały przez niego dołączone do oferty, co powoduje naruszenie interesu prawnego odwołującego, ponieważ wskazane wyżej czynności zamawiającego uniemożliwiają mu ubieganie się o udzielenie zamówienia oraz narażają go na utratę wpłaconego wadium.

Odwołujący wniósł o powtórzenie przez zamawiającego oprotestowanych czynności i uznanie, iż odwołujący złożył wszystkie wymagane SIWZ dokumenty oraz zwrot wpłaconego wadium.

Stwierdził, iż przygotowana przez zamawiającego SIWZ zawiera pewną nieścisłość, która legła u podstaw podjęcia przez zamawiającego nieprawidłowej decyzji w stosunku do odwołującego się, tj. zapis pkt. VI ppkt 12 SIWZ wymaga od wykonawcy złożenia wydruku z witryny internetowej Microsoft wraz z załącznikiem Windows Logo Verification Report, z kolei pkt VII a SIWZ stanowi, iż dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez Wykonawcę. Odwołujący potwierdził, że faktycznie nie złożył tłumaczeń na język polski, jednak wezwany przez zamawiającego uzupełnił dokumenty, składając stosowne tłumaczenia. Mimo tego zamawiający odrzucił jego

4

ofertę, uzasadniając swoją decyzję niezłożeniem tłumaczenia wydruku z witryny internetowej firmy Microsoft - Windows Vista Hardware Compatibility List.

Powołując się na orzecznictwo podniósł, że wydruków ze stron internetowych nie można uważać za dokument (sygn. UZP/ZO/O-1626/05), co daje podstawy, aby stwierdzić, iż wydruk strony internetowej, jako nie będący dokumentem, nie wymagał tłumaczenia na język polski.

Zamawiający jednoznacznie sformułował w SIWZ, że tłumaczenie wymagane jest tylko i wyłącznie w stosunku do dokumentów.

W ocenie odwołującego się nie można było odrzucić jego oferty, gdyż złożył on wszystkie wymagane dokumenty, o których mowa w SIWZ.

Zdaniem odwołującego zamawiający padł ofiarą bądź własnej niewiedzy i nieznamości orzecznictwa zespołu arbitrów, bądź nieścisłości w sformułowanej przez siebie SIWZ. Niezależnie jednak od przyczyny, działania zamawiającego nie mogą godzić w interes odwołującego się.

Stwierdził nadto, że odwołujący się nie miałby zastrzeżeń w stosunku do postępowania zamawiającego w przypadku odrzucenia jego oferty jako mniej konkurencyjnej w stosunku do innych ofert, jednakże nie może sobie pozwolić na utratę wadium z przyczyn leżących tylko i wyłącznie po stronie zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych” (druk ZP - 1 wraz z załącznikami), sporządzonego przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu oraz odwołaniu, a także w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Wg druku ZP-12, stanowiącego Załącznik do Protokołu postępowania ZP-1, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono 13 ofert. Odwołujący złożył ofertę nr 9 z ceną 846 289,60 zł, przy czym 10 wykonawców złożyło oferty z cenami niższymi niż zaoferowana przez odwołującego, tj. oferta nr 1 (640 500,00 zł), oferta nr 3 (789 950,00 zł), oferta nr 4 (766 038,00 zł), oferta nr 5 (716 452,32 zł), oferta nr 6 (773 297,00 zł), oferta nr 7 (688 299,60 zł), oferta nr 8 (704 338,94 zł), oferta nr 10 (754 936,00 zł), oferta nr 11 (695 363,40 zł) i oferta nr 13 (674 233,00 zł).

5

Zgodnie z informacją zawartą w pkt 9.3. Protokołu postępowania (druk ZP-1) zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia 800 000,00 zł.

Zgodnie z informacją zamawiającego, skierowaną do wszystkich wykonawców

(pisma z dnia 11.05.2009 r.) zamawiający odrzucił 3 oferty: ofertę odwołującego oraz oferty nr 2, 4, przy czym oferta nr 2 zawierała cenę wyższą od ceny zaoferowanej przez odwołującego.

Odwołujący ani w proteście, ani w odwołaniu nie zakwestionował prawidłowości działań podjętych przez zamawiającego, tj. nie zarzucił zaniechania odrzucenia którejkolwiek z ofert, poza własną.

Cena, zgodnie z rozdziałem VIII SIWZ, jest jedynym kryterium oceny ofert w tym postępowaniu.

Skład orzekający Izby, dokonując ustaleń odnośnie istnienia po stronie odwołującego interesu prawnego, stwierdził, że odwołujący nie legitymował się tym interesem ani na etapie wniesienia protestu, ani na etapie wniesienia odwołania.

Skład orzekający Izby stwierdza, że podmioty korzystające ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w dziale VI ustawy Pzp muszą legitymować się interesem prawnym na każdym etapie korzystania z tych środków, a zatem zarówno na etapie protestu, odwołania, jak i ewentualnie skargi.

Zgodnie bowiem z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, dla skuteczności złożenia środka ochrony prawnej konieczne jest wykazanie przez wykonawcę uszczerbku - rzeczywistego lub potencjalnego - w jego interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia, który to uszczerbek powstał na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W świetle przywołanego przepisu dla skuteczności złożenia odwołania istotne jest wystąpienie kumulatywnie trzech przesłanek:

1. uszczerbku w interesie prawnym, związanym z uzyskaniem danego zamówienia,
2. naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp,
3. związku przyczynowego pomiędzy konkretnym naruszeniem, a powstaniem, bądź możliwością powstania uszczerbku w interesie prawnym wnoszącego środek ochrony prawnej.

Skład orzekający Izby podziela pogląd, znajdujący odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, zgodnie z którym 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 najkorzystniejszą.

6

Biorąc pod uwagę stan faktyczny przedmiotowego postępowania oraz sposób definiowania pojęcia interes prawny, skład orzekający Izby ustalił brak legitymacji odwołującego do wnoszenia środków ochrony prawnej, ponieważ odwołujący złożył ofertę z ceną wyższą niż ceny kilku innych wykonawców, zawarte w złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofertach.

Oznacza to, że nawet skuteczna obrona własnej oferty nie dawałaby odwołującemu szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Ze względu na fakt, że interes prawny stanowi materialnoprawną przesłankę skuteczności środka ochrony prawnej, to stwierdzenie braku interesu prawnego po stronie odwołującego w zakresie wniesienia dwóch środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp (odwołanie i poprzedzający je protest), obliuguje skład orzekający Izby do pozostawienia podnoszonych zarzutów bez ich merytorycznego rozpoznania.

Dodatkowo jedynie skład orzekający Izby wyraża pogląd, iż ewentualna czynność zatrzymania przez zamawiającego wadium może być przedmiotem odrębnego rozstrzygnięcia w trybie powództwa cywilnoprawnego przez właściwy sąd powszechny.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp orzeczono jak sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania,

uwzględniając koszty z tytułu dojazdu pełnomocnika na wyznaczone posiedzenie w wysokości 107 zł na podstawie złożonego do akt sprawy biletu wraz z miejscówką, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a 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. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.). Nie uwzględniono kosztów z tytułu powielania i przesyłania dokumentów wobec nie przedłożenia rachunku o kosztach poniesionych z tego tytułu.

7

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

8