

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 kwietnia 2009 r.

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Barbara Jasinkiewicz

Sędzia SO Jolanta Safader - Skwarlińska (spr)

Sędzia SO Grażyna Tarkowska

Protokolant: apl. rade. Eliza Targońska
po rozpoznaniu w dniu 22 kwietnia 2009 r. w Gdańsku
na rozprawie

sprawy ze skargi Elektrometal Spółka Akcyjna w Cieszyńie

przeciwko zamawiającemu Pomorskiej Spółce Gazownictwa spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością w Gdańsku

o udzielenie zamówienia publicznego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 20 lutego 2009 r.

sygn. akt KIO/UZP 130/09

1. oddala skargę
2. zasądza od skarżącego Elektrometal Spółka Akcyjna w Cieszyńie na rzecz przeciwnika skargi Pomorskiej Spółki Gazownictwa spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku kwotę 600,- (sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

X z'-''''?

c// >15?

Sygn. akt XII Ga 133/09

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 20 lutego 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszyńcu, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Pomorską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, protestu z dnia 16 stycznia 2009 r. oddaliła odwołanie, zaś kosztami postępowania obciążyła Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszyńcu, nakazując: 1/ zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.574 zł z kwoty wpisu uiszczonego przez Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszyńcu, 2/ dokonać wpłaty kwoty 3.600 zł przez Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszyńcu na rzecz Pomorskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, 3/ dokonać zwrotu kwoty 10.426 zł z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszyńcu.

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, co następuje:

Pomorska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (*dalej: zamawiający*), działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.; *dalej: ustawa Pzp*), wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego - zamówienia sektorowego na „Dostawę gazomierzy miechowych dla Pomorskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o., w latach 2009 - 2010”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 grudnia 2008 r., nr 2008/S 250-334674.

Zamawiający w dniu 2 stycznia 2009 r. udostępnił wykonawcom specyfikację istotnych warunków zamówienia (*dalej: SIWZ*), na swej stronie internetowej.

Pismem z dnia 16 stycznia 2009 r. (wpływ do zamawiającego faksem w tej samej dacie) Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszyńcu (*dalej: odwołujący*), wniósł protest na postanowienia SIWZ, a mianowicie w zakresie:

- 1) punktu 13 ppkt 4 w związku z punktem 14 ppkt 3 w rozdziale III SIWZ oraz punkt 2 lit. b) w rozdziale XIII SIWZ w części dotyczącej kryterium oceny ofert określonego jako „J - wskaźnik wydłużenia, ponad wymagany normą okres badania trwałości gazomierzy”,
- 2) punkt 13 ppkt 5 w związku z punktem 14 ppkt 4 w rozdziale III SIWZ oraz punkt 2 lit. b) w rozdziale XIII SIWZ w części dotyczącej kryterium oceny ofert określonego jako „K - wskaźnik odnośnie stabilności charakterystyki metrologicznej”,
- 3) punkt 13 ppkt 6 w związku z punktem 14 ppkt 5 w rozdziale III SIWZ oraz punkt 2 lit. b) w rozdziale XIII SIWZ w części dotyczącej kryterium oceny ofert określonego jako „L - wskaźnik odporności gazomierza na działanie magnesów neodymowych”,
- 4) punkt 13 ppkt 7 w związku z punktem 14 ppkt 6 w rozdziale III SIWZ oraz punkt 2 lit. b) w rozdziale XIII SIWZ w części dotyczącej kryterium oceny ofert określonego jako „M - wskaźnik wpływu temperatury otoczenia na błędy wskazań gazomierzy”,
- 5) postanowienie w rozdziale III punkcie 12 ppkt 3 SIWZ o treści „Przekazane Zamawiającemu gazomierze zostaną poddane próbie antywłamaniowej, na okoliczność oceny wymogu zawartego w pkt 13 ppkt 1 niniejszego działu i kryterium: ocena techniczna, w związku z czym, mogą ulec uszkodzeniu” w związku z punktem 13 ppkt 1 i punktem 14 ppkt 1 w rozdziale III SIWZ oraz punktem 2 lit. b) w rozdziale XIII SIWZ w części dotyczącej wskaźnika „G”.

Jednocześnie oprotestowanym postanowieniom SIWZ zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 oraz art. 30 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 34 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, polegające na żądaniu przez Zamawiającego, by przedmiot zamówienia spełniał wyższe wymagania niż określone w normie PN-EN 1359:2004/A1:2006,
- 2) art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt. 3, 5 i 13 oraz art. 25 ustawy Pzp, polegające na opisie przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny,

- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegające na uzależnieniu przyznania punktów w ramach kryterium „J - wskaźnik wydłużenia, ponad wymagany normą okres badania trwałości gazomierzy”, od samego przedłużenia badania ponad wymagane normą bez względu na to, czy badanie to potwierdziło, że również w wydłużonym czasie badania gazomierz wykazywał się wymaganą trwałością,
- 4) art. 7 ust. 1 art. 36 ust. 1, pkt 3, 5 i 13 oraz art. 25 ustawy Pzp polegające na nieokreśleniu częstotliwości i metodologii badań trwałości gazomierzy trwających dłużej niż 5000 godzin,
- 5) art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 36 ust. 1, pkt 3, 5 i 13 oraz art. 25 ustawy Pzp poprzez ocenę spełniania wymogu określonego w punkcie 13 ppkt 1 w rozdziale III SIWZ (posiadanie skutecznego zabezpieczenia antyłamaniowego w mechanizmy wewnętrzne gazomierza poprzez obudowę liczydła) na podstawie próby antyłamaniowej oraz nieokreślenie sposobu, w jaki zostanie dokonana ocena spełnienia tego wymogu.

Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ w kwestionowanych zakresie.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in.:

1) w zakresie zarzutu 1, iż zgodnie z treścią punktu 13 ppkt 4 w rozdziale III SIWZ zamawiający wymaga, by wykonawca posiadał badania odnośnie wydłużenia, ponad wymagany normą okres badania trwałości (p. 7.1.2 normy PN-EN 1359:2004/A1:2006). Natomiast w punkcie 13 ppkt 5 w rozdziale III SIWZ sformułował wymóg posiadania przez wykonawcę badania odnośnie stabilności charakterystyki metrologicznej podczas badania trwałości w zakresie strumieni objętości od 0,1 Q_{max} do Q_{max} przez co najmniej 5000 godzin przy Q_{max} wg pkt 7.1.2 PN-EN 1359:2004/A1:2006. Wykazanie się przez wykonawcę posiadaniem przedmiotowych badań skutkuje przyznaniem ofercie odpowiednio 15 i 10 punktów (rozdział XIII pkt 2 lit. b) SIWZ w części dotyczącej wskaźników „J” i „K”). Nadto podkreślił, iż „norma PN-EN 1359:2004/A1:2006 przenosi normę europejską EN 1359:1998/A1:2006, która z kolei została opracowana przez Europejski Komitet Normalizacyjny (CEN) zgodnie z dyrektywą 2004/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie przyrządów pomiarowych (Dz. U. UE z dnia 30 kwietnia 2004 r.), zwana dyrektywą 2004/22/WE lub dyrektywą MID, a celem której jest urzeczywistnianie swobody przepływu towarów na terenie Wspólnoty Europejskiej i rynku wewnętrznego. Przedmiotowa dyrektywa - jak podkreślił odwołujący - należy do dyrektyw tzw. nowego podejścia, które nie stanowią harmonizacji minimalnej, co oznacza, że „nie upoważniają państw do wprowadzenia dalej idących wymogów, gdyż w ten sposób państwa ograniczałyby liberalizację przepływu towarów”.

Odwołujący wskazał ponadto, że art. 30 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskich Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy, a szczególny charakter dyrektywy MID powoduje, iż nie można przyjąć, że norma PN-EN 1359:2004/A1:2006 ma charakter wyłącznie pomocniczy. Zamawiający w przypadku zamówienia na dostawy produktów, do których stosuje się tę normę, nie jest zatem uprawniony do żądania, by przedmiot zamówienia spełniał wyższe parametry niż przewidziane normą. Zgodnie z punktem 7.1.2.2. przedmiotowej normy (PN-EN 1359:2004/A1:2006) badanie trwałości przeprowadza się przez 5000 godzin.

Jeżeli po przeprowadzeniu takiego badania, gazomierze spełniają kryteria określone w załączniku MI-002 dyrektywy MID (błąd wskazań i zmiana wyniku pomiaru), to tym samym spełniają podstawowe wymogi określone dyrektywą i mogą być przedmiotem obrotu, a zamawiający nie może żądać przeprowadzenia dalej idących badań.

Dlatego też wymogi zamawiającego określone w punkcie 13 ppkt 4 i ppkt 5 w rozdziale III SIWZ stwarzają bariery w swobodnym przepływie przyrządów pomiarowych na terenie Unii Europejskiej i dyskryminują wykonawców, którzy oferują gazomierze spełniające wyłącznie wymogi zasadnicze określone w dyrektywie MID i normie PN-EN 1359:2004/A1:2006. Niespełnienie kwestionowanych wymogów SIWZ skutkuje nieuzyskaniem przez ofertę punktów w ramach kryteriów „J” i „K”, a wagę których Zamawiający określił na 25 % z punktów możliwych do uzyskania, co powoduje, iż wykonawcy oferujący gazomierze spełniające podstawowe wymagania określone dyrektywą MID i normą PN-EN 1359:2004/A1:2006, ale nie legitymujący się badaniami trwałości w okresie dłuższym niż 5000 godzin, są z góry skazani na przegranie przetargu. Powyższe premiuje wykonawców, którzy dłużej funkcjonują na rynku.

2) w zakresie zarzutu 2 - zamawiający w punkcie 13 ppkt 4-7 w rozdziale III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia wraz z opisem części zamówienia” wskazał, iż wymagania techniczne i jakościowe dotyczące przedmiotu dostawy, a niezbędne do dokonania oceny ofert stanowią wymienione tam „badania” (ppkt 4-7), na potwierdzenie których należy złożyć wyniki przedmiotowych badań.

Z treści wskazanych postanowień SIWZ nie wynika jednoznacznie, czy określają one wymagania jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia, czy też kryteria oceny ofert, a pojęcia te są pojęciami różnymi.

Kwestionowane wymagania zostały określone przez zamawiającego w Rozdziale III SIWZ pod tytułem „Opis przedmiotu zamówienia wraz z opisem części zamówienia”, co mogłoby sugerować, że są to wymagania, których niespełnienie powinno skutkować odrzuceniem oferty, a faktycznie są one niezbędne wyłącznie do dokonania oceny w kryterium „Ocena techniczna”, a ich niespełnienie nie powoduje odrzucenia oferty.

Nadto podkreślił, że zamawiający nie określił parametrów technicznych, których spełnianie będzie oceniał celem ustalenia, czy oferowana dostawa odpowiada wymogom określonym w SIWZ. Z literalnego brzmienia SIWZ wynika natomiast, iż wymogiem takim jest przeprowadzenie badania na okoliczności wskazane w punkcie 13 ppkt 4-7, a nie charakteryzowanie się przez przedmiot dostawy określonymi właściwościami. Zdaniem odwołującego ocena ofert w zakresie oceny technicznej powinna być dokonana z zastosowaniem parametrów technicznych, które powinny być określone w postaci parametrów granicznych, tym samym przedmiotem oceny powinno być zaoferowanie produktu o wyższych parametrów niż parametry graniczne. Zamawiający powinien był określić co najmniej minimalne parametry, przy czym nie mogą one być wyższe niż określone stosowną normą a ich brak uniemożliwia poprawne skonstruowanie oferty.

Zwrócił także uwagę na niejasną redakcję punktu 13 ppkt 4 w rozdziale III SIWZ, tj. zdanie „Badania odnośnie wydłużenia, ponad wymagany normą okres badania trwałości?”, z treści którego nie wynika, czy wydłużony ma być okres badania trwałości, czy też trwałość gazomierzy.

Podobny zarzut sformułował pod adresem punktu 2 lit. b) w rozdziale XIII SIWZ, z którego nie wynika, czy kryterium określone symbolem „J” stanowi wydłużenie okresu badania trwałości gazomierzy, czy też wydłużenie trwałości. Tym samym uznał, iż SIWZ nie jest precyzyjna i czytelna.

3) w zakresie zarzutu 3 - odwołujący podkreślił, iż zgodnie z dyrektywą MID trwałość gazomierzy określana jest przy użyciu dwóch wskaźników: zmiany wyniku pomiaru po badaniu trwałościowym, w porównaniu do wyników początkowych oraz błędu wskazań po badaniu trwałościowym.

Zamawiający w punkcie 13 ppkt 4 w rozdziale III SIWZ wymaga, aby wykonawca posiadał badania odnośnie wydłużenia, ponad wymagany normą okres badania trwałości (p. 7.1.2. normy PN-EN 1359:2004/A1:2006), a za samo przedłużenie tego badania i bez względu na jego wynik - zgodnie z punktem 2 lit. b) w rozdziale XIII SIWZ w części dotyczącej kryterium oceny ofert określonego jako „J - wskaźnik wydłużenia, ponad wymagany normą okres badania trwałości gazomierzy” - będzie przyznawał punkty. Jednocześnie nie określił w jaki sposób ma zostać ustalona trwałość gazomierzy podczas badania trwającego dłużej niż 5000 godzin, co nie gwarantuje zachowania w postępowaniu zasad uczciwej konkurencji, gdyż premiuje wykonawców, którzy wydłużyli okres badania trwałości, nawet jeżeli badanie w wydłużonym okresie nie potwierdziło trwałości.

4) w zakresie zarzutu 4 - odwołujący podniósł m.in., iż zamawiający w punkcie 13 ppkt 5 w rozdziale III SIWZ wymaga posiadania przez wykonawcę badania odnośnie stabilności charakterystyki metrologicznej podczas badania trwałości w zakresie strumieni objętości od 0,1 Q_{max} do Q_{max} przez co najmniej 5000 godzin przy Q_{max} wg pkt 7.1.2. PN-EN 1359:2004/A1:2006).

Norma PN-EN 1359:2004/A1:2006 wymaga, by okres badania trwałości wynosił 5000 godzin i dla tego właśnie okresu szczegółowo określa parametry przeprowadzenia badania, w tym częstotliwość, z jaką w czasie trwania badania mają być przeprowadzone pomiary trwałości. Natomiast norma ta nie reguluje częstotliwości i metodologii badań trwających dłużej niż 5000 godzin. Nie uczynił tego również zamawiający mimo, że w innym przypadku szczegółowo określa metodologię przeprowadzenia żadanego badania. Tak więc może okazać się, że wykonawcy przedstawia wyniki badania trwałości powyżej 5000 godzin przeprowadzone z zastosowaniem różnych metodologii badawczych, powodując nieporównywalność ofert w kryterium „K”.

5) w zakresie zarzutu 5 - odwołujący wskazał m.in., iż zamawiający wymagał przedłożenia oświadczenia o skutecznym zabezpieczeniu antywłamaniowym oferowanych urządzeń, a ich oceny miano dokonać poprzez poddanie gazomierzy odpowiedniej próbie przez zamawiającego. Tymczasem postanowienia SIWZ nie wskazują jak zostanie dokonana próba, kto ją wykona oraz wedle jakich kryteriów zostanie dokonana ocena.

Pismem z dnia 23 stycznia 2009 r. zamawiający rozstrzygnął protest przez jego częściowe uwzględnienie. Zamawiający uwzględnił protest w zakresie zarzutu 5, tj. żądania zmiany zapisów SIWZ dotyczących oceny wymogu posiadania skutecznego zabezpieczenia antywłamaniowego w mechanizmy wewnętrzne gazomierza poprzez obudowę liczydła. W pozostałym zakresie (czterech zarzutów) protest oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia zamawiający wskazał, iż przedmiot zamówienia opisał w sposób precyzyjny i jednoznaczny oraz zgodny z przepisami ustawy Pzp (art. 29 ust. 1, art. 25, art. 30, art. 36 ust. 1 pkt. 3 i 13). Prawdopodobnie określił wymagania dotyczące przedmiotu dostawy oraz kryteria, określając dodatkowo - w sposób zgodny z prawem - wymagania w stosunku do gazomierzy, przy czym przekraczające parametry wyrażone w normach i przepisach, co miało m.in. na celu należyte zabezpieczenie jako interesów finansowych.

W odpowiedzi na zarzut 1 zamawiający wskazał, iż zapisy SIWZ są zgodne z obowiązującymi przepisami i mają na celu zagwarantowanie dostawy gazomierzy, które spełniają wymagania metrologiczne w 10-letnim okresie ważności cech legalizacyjnych gazomierzy. Nadto dodał, iż gazomierz G4 w trakcie próby trwałości przez 5000 godzin odmierza objętość równą 30.000 m³, co jest równoznaczne z około 8 latami eksploatacji na instalacji gazowej, czyli poniżej 10 letniego okresu legalizacji. Przedmiotowe gazomierze podlegają ponownej legalizacji na kolejne 10 lat, co oznacza, iż gazomierz po pomyślnym przejściu ponownej legalizacji może być eksploatowany przez 20 lat. Tak więc spełnienie wymagań trwałości określonych w PN-EN 1359:2004/A1:2006 w badaniu trwającym ponad 5000 godzin jest istotne z punktu widzenia nie tylko korzyści ekonomicznej zamawiającego, ale i gwarantuje dokładność rozliczeń zużywanego gazu przez odbiorców w całym okresie legalizacji gazomierzy, co z kolei jest istotne także z punktu widzenia odbiorcy. Punktowane będą badania poświadczające, że gazomierze spełniają wymagania określone w pkt 7.1.2. PN-EN 1359:2004/A1:2006 dla czasu badania ponad 5000 godzin, co zostało jednoznacznie opisane w SIWZ raz. XIII, pkt 2 wskaźnik „J”, a wymóg ten nie jest obligatoryjny. Nadto dodał, iż punkty za wydłużenie ponad wymagany normą PN-EN 1359:2004/A1:2006 okresu badania trwałości, będą przyznawane za spełnienie wymagań określonych w pkt 7.1.2 normy, co wykonawca zobowiązany jest potwierdzić wynikami badań. Premiowana będzie najkorzystniejsza zmiana wartości błędów wskazań po badaniu trwałości w czasie co najmniej 5000 godzin.

Przedmiotowe kryterium poddyktowane jest interesem odbiorców gazu. Dlatego też premiowane będą gazomierze o najlepszej stabilności charakterystyki metrologicznej, co w trakcie użytkowania gazomierzy zapewni możliwe najlepszą dokładność rozliczeń za zużyty gaz, a jednocześnie jest ekonomicznie korzystne dla zamawiającego. Wymóg ten także nie jest obligatoryjny.

Równie istotne jest dla zamawiającego wyeliminowanie stosowania przez nieuczciwych odbiorców gazu, magnesów neodymowych, które wyeliminują tego typu procedury. Dlatego też jednym z kryteriów oceny technicznej polegających punktacji jest odporność gazomierza na działanie magnesów neodymowych, co powinno być potwierdzone określonymi badaniami (wskaźnik „L”). Z tego powodu zamawiający określił dodatkowe cechy gazomierza, które nie występują w normach i przepisach prawnych, a mają istotne znaczenia ekonomiczne, tj. wskaźnik odporności gazomierza na działanie magnesów neodymowych (wskaźnik na działanie silnego pola magnetycznego). Kwestionowane zapisy SIWZ mają ekonomiczne znaczenie dla Zamawiającego, a wymóg w tym zakresie nie jest obligatoryjny.

Nadto podkreślił, iż gazomierze mechaniczne są montowane w miejscach, gdzie są narażone na działanie niekorzystnych warunków atmosferycznych (na zewnątrz budynków, a więc w temperaturach otoczenia poniżej -5 C° zimą i powyżej +35 C° latem, tj. w zakresie temperatur odbiegającym od minimalnych wymagań określonych normą PN-EN 1359:2004/A1:2006). Przedmiotowa norma dopuszcza możliwość deklaracji przez producentów gazomierzy szerszego zakresu temperatury otoczenia z zastrzeżeniem, że gazomierz powinien spełniać obowiązujące wymagania dla szerszego zakresu temperatur. Tak więc przyznanie punktów za spełnienie wymogów normy w zakresie

temperatury otoczenia i temperatury gazo poniżej -20 0° i powyżej +40 C° jest istotne z punktu widzenia aspektu ekonomicznego eksploatacji gazomierza, a wymóg ten nie jest obligatoryjny.

Dodatkowo zamawiający podniósł:

1. W zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 2, iż odwołujący nie rozróżnia warunków udziału w postępowaniu od wymogów w zakresie przedmiotu zamówienia. Art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczy warunków udziału w postępowaniu, tym samym przepis ten w żaden sposób nie dotyczy wymagań w zakresie przedmiotu zamówienia. Tymczasem zamawiający w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny wskazał wymagania minimalne, których niespełnienie skutkuje odrzuceniem oferty, natomiast wymagania służące ocenie w kryterium „Ocena techniczna” nie skutkują odrzuceniem oferty, a jedynie ewentualnym brakiem punktów w tym kryterium.
2. W zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 3 Zamawiający wskazał, iż w rozdziale XIII SIWZ w części dotyczącej kryterium oceny ofert określonego jako „J” - wskaźnik wydłużenia, ponad wymagany normą okres badania trwałości gazomierzy” przyznaje on dodatkowe punkty w ocenie technicznej za wydłużeniem ponad wymagany normą okresu badania trwałości gazomierzy, a zastosowany wzór i opis sposobu oceny precyzyjnie określają w jaki sposób będą przyznawane punkty wykonawcom. Trwałość gazomierzy musi być wykazana i udokumentowana, poprzez wyniki badań dostarczone przez Wykonawcę, które następnie będą podstawą do oceny pozostałych ofert w tym kryterium (waga wskaźnika - 15 pkt), czyli punkty będą przyznawane za wydłużony okres trwałości gazomierzy a nie badań.
3. W zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 4 Zamawiający wskazał, iż w rozdziale III SIWZ pkt 13 ppkt 4 oraz pkt 13 ppkt 3, jednoznacznie określają że przedmiotowe badania należy przeprowadzić zgodnie z „PN-EN 1359:2004/A1:2006 pkt 6.1.2 Trwałość”, a metodologia tego badania określona jest w pkt 7.1.2.2. w/w. normy i ma zastosowanie również przy badaniu trwałości w czasie ponad 5000 godzin przy Qmax.

Od rozstrzygnięcia protestu odwołujący wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, przy czym w odwołaniu podtrzymał nieuwzględnione zarzuty, wnioski oraz argumenty zawarte w proteście. Dodatkowo podkreślił, iż stanowisko zamawiającego nie może znaleźć zastosowania do wyrobów objętych harmonizacją na podstawie dyrektyw nowego podejścia, gdyż celem dyrektywy MID, a więc również dyrektywy nowego podejścia, jest urzeczywistnianie przepływu towarów na terenie Wspólnoty Europejskiej i rynku wewnętrznego. Przedstawił orzeczenia ETS, które zapadły w sprawach dotyczących swobodnego przepływu towarów oraz podniósł, iż celowym byłoby rozważenie przez Krajową Izbę Odwoławczą możliwości wystąpienia do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości na podstawie art. 234 Traktatu rzymskiego o dokonanie wykładni postanowień dyrektywy MID.

Pismem z dnia 6 lutego 2009 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie oraz uwzględnienie w kosztach postępowania odwoławczego kosztów zamawiającego dotyczących wynagrodzenia pełnomocnika. Dodatkowo podniósł, iż wywód oraz powołane w odwołaniu orzecznictwo ETS-u nie dotyczą przedmiotu sporu, ale obowiązków Państwa Członkowskiego w zakresie ustanawiania przepisów krajowych w sposób zgodny z dyrektywami.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie, motywując wydane rozstrzygnięcie w następujący sposób :

Zarzut 1 - dotyczący nieuprawnionego żądania, by przedmiot zamówienia spełniał wyższe wymagania niż określone w normie PN-EN 1359:2004/A1:2006, tj. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 30 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 34 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych nie potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, w sposób szczegółowy

opisał przedmiot zamówienia wskazując m.in. normę (norma PN-EN 1359:2004/A1:2006), jakiej muszą odpowiadać fabrycznie nowe gazomierze mechaniczne. Nadto w pkt 11 zamieścił wymagania techniczne i jakościowe w stosunku do przedmiotu dostawy, niespełnienie których spowoduje odrzucenie oferty. Natomiast w pkt 13 zawarł postanowienia dotyczące wymagań technicznych i jakościowych w stosunku do przedmiotowych gazomierzy, które - jak wskazał - są niezbędne do dokonania oceny oferty w kryterium „ocena techniczna”, jednak ich niespełnienie nie spowoduje odrzucenia ofert.

Niewątpliwie art. 30 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek określenia przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru

Gospodarczego przenoszących te normy. „Odwołanie do norm europejskich, wprowadzonych do polskiego systemu prawa przez przyjęcie Polskich Norm przenoszących normy europejskie jest wyrazem równego traktowania wykonawców z różnych państw członkowskich a dyrektywy tzw. nowego podejścia określają podstawowe wymogi danego produktu. (...) Towary wyprodukowane zgodnie z normami są uznane za spełniające wymogi tych dyrektyw” (*M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 154*).

W niniejszym postępowaniu zamawiający wymagał obligatoryjnego spełnienia przez wykonawców jedynie wymogów postawionych w rozdziale III SIWZ pkt 13, a więc aby oferowane gazomierze odpowiadały wymogom wynikającym z normy PN-EN 1359:2004/A1:2006, tym samym były zgodne z dyrektywą 2004/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie przyrządów pomiarowych, zwaną dalej „dyrektywą MID”. Dopiero naruszenie powyższych przepisów, a więc naruszenie standardów i norm europejskich w określeniu przedmiotu zamówienia, mogłoby zostać potraktowane jako ograniczenie konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Tymczasem taka sytuacja w niniejszej sprawie nie miała miejsca. Każdy z potencjalnych wykonawców zobowiązany został do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie wymogów technicznych i jakościowych, odpowiadających m.in. normie PN-EN 1359:2004/A1:2006. Nie do przyjęcia jest więc stanowisko odwołującego, że zamawiający utrudnia wprowadzenie na rynek towarów oznaczonych znakiem „CE”. Bezsprzeczne jest bowiem, iż każdy wykonawca, który spełnia wymogi normy PN-EN 1359:2004/A1:2006 może wziąć udział w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Wymagania dodatkowe (postawione przez zamawiającego w rozdziale III SIWZ pkt 13) również nie eliminują żadnego z potencjalnych wykonawców, gdyż ich niespełnienie nie powoduje odrzucenia oferty wykonawcy, który nie posiada wyników żądanych badań (w kryterium „J”, „K”, „L” i „M”), przekraczających obowiązującą normę, a konsekwencją ich braku jest jedynie nie uzyskanie punktów w określonych kryteriach.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko zamawiającego, iż odwołujący powołuje się jedynie na przepisy dotyczące obowiązków Państw Członkowskich w zakresie ustanawiania przepisów krajowych w sposób zgodny z dyrektywami, a powołane orzeczenie z dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie C-6/05 Medipac faktycznie dotyczy sytuacji, w której oferta określonego wykonawcy została odrzucona ze względu na braki techniczne, mimo iż kwestionowany wyrób posiadał oznaczenie „CE”, a tym samym był zgodny z normami i dyrektywami.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej w sposób nieuprawniony powołano także art. 34 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedury udzielania zamówień przez przedmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Nie doszło bowiem do naruszenia i tego przepisu. Z ust. 5 tego przepisu wynika, iż zamawiający nie może odrzucić oferty, która jest zgodna z normą krajową przenoszącą normę europejską. Tak więc w oparciu o powyższe należy stwierdzić, iż powołane przepisy nie mają zastosowania do stanu faktycznego, będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia. Zamawiający nie odrzuca ofert wykonawców spełniających normę krajową przenoszącą normę europejską. Bezsprzeczne jest, iż ich urządzenia mogą być przedmiotem obrotu.

Norma PN-EN 1359:2004/A1:2006 stawia producentom urządzeń jedynie wymagania zasadnicze, a więc dotyczące wyłącznie niektórych zagadnień. Zagadnienia te ograniczone są do niezbędnego minimum. Celem wprowadzenia norm nie jest obniżanie jakości oferowanych urządzeń. Zamawiający

może więc dokonywać wartościowania produktów. Natomiast dopiero obniżanie norm nie służy konkurencji wśród wykonawców.

W ocenie KIO zamawiający mógł żądać od wykonawców spełnienia dodatkowych wymogów technicznych i jakościowych, które nie skutkowały odrzuceniem oferty, jednak miały dla zamawiającego istotne znaczenie z punktu widzenia ekonomicznego, jak i odbiorców gazu. Jedynym negatywnym skutkiem dla wykonawców, którzy nie przedłożyli wymaganych dodatkowo badań, będzie bowiem brak punktów w określonym kryterium. Zdaniem KIO zamawiający ma prawo żądać wyższych parametrów niż przewidywane normą jeżeli uzna to za uzasadnione, zwłaszcza - jak ma to miejsce w tym przypadku - że niespełnienie tych wyższych wymagań nie powoduje odrzucenia oferty danego wykonawcy.

Zarzut 2 - polegający na niejednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert nie potwierdził się.

Z analizy treści SIWZ, a w szczególności rozdziału III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” oraz rozdziału XIII „Opis kryteriów (....)” wynika, iż SIWZ została sporządzona w sposób prawidłowy, przejrzysty i czytelny. Niewątpliwie SIWZ należy czytać w całości. Zamawiający prawidłowo wyodrębnił stawiane wykonawcom wymagania oraz kryteria, na podstawie których będzie przyznawał punkty. Powstałe wątpliwości należy na bieżąco wyjaśnić, poprzez występowanie do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, czego jednak odwołujący nie uczynił.

Zarzut 3 - Odnosnie tego zarzutu Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że zamawiający w rozdziale III „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 13 zamieścił postanowienia dotyczące wymagań technicznych i jakościowych w stosunku do przedmiotu dostawy w każdym z zadań, które - jak wskazał - są niezbędne do dokonania oceny oferty w kryterium „ocena techniczna”, zaznaczając jednocześnie, że ich niespełnienie nie spowoduje odrzucenia ofert. W ppkt 4 przedmiotowych wymogów zażądał „Badania odnośnie wydłużenia, ponad wymaganych normą okres badania trwałości (p. 7.1.2. normy PN-EN 1359:2004, ze zmianą w PN-EN 1359:2004/A1:2006), wykonane przez niezależną jednostkę badawczą akredytowaną we właściwym zakresie” (s. 8 SIWZ). Dodatkowo wskazał, iż na potwierdzenie, że oferowane gazomierze spełniają wymagania techniczne i jakościowe, należy przedłożyć - zgodnie z pkt 14 ppkt 3 wyniki przedmiotowych badań (s. 9 SIWZ).

Nadto w rozdziale XIII SIWZ „Opis kryteriów (....)”, pkt 2, litera b), a więc w kryterium „ocena techniczna” zamieścił postanowienie, iż ocena wskaźnika „J” - wskaźnik wydłużenia, ponad wymagany normą okres badania trwałości gazomierzy”, zostanie dokonana na podstawie analizy dostarczonych przez wykonawcę badań (s. 22 SIWZ).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu uzależnienie przyznania punktów w przedmiotowym kryterium od samego przedłożenia badania ponad wymagane normą bez względu na to, czy badanie to potwierdzi, że również w wydłużonym czasie badania gazomierz wykazywał się wymaganą trwałością.

Izba ustaliła, iż rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008 r. w sprawie prawnej kontroli metrologicznej urządzeń pomiarowych (Dz. U. z 14 stycznia 2008 r. Nr 5, poz. 29) przewiduje, iż okres ważności przyrządów podlegających legalizacji, w tym gazomierzy mechanicznych, wynosi 10 lat zarówno w przypadku legalizacji pierwotnej i jednostkowej, jak również w przypadku legalizacji ponownej, a legalizacja jest dokonywana w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami określającymi zakres, tryb, sposoby oraz metody przeprowadzenia badań. Normą PN-EN 1359:2004/A1:2006 określa wymogi dla próby dokonywanej „przez 5000 h”. Jak podniósł zamawiający, czemu odwołujący nie zaprzeczył, „gazomierz G4 w trakcie próby trwałości przez 5000 h odmierza objętość 30.000 m³, co jest równoznaczne z około 8 latami eksploatacji na instalacji gazowej, czyli poniżej 10 letniego okresu legalizacji”. Skoro więc obowiązujące przepisy pozwalają na ponowną legalizację gazomierzy mechanicznych, konsekwencją powyższego jest możliwość eksploatacji przedmiotowych gazomierzy przez okres 20 lat. Dlatego też zamawiający powołał normę PN-EN 1359:2004/A1:2006 (p. 7.1.2. normy) wskazując, iż badanie trwałości gazomierzy winna być dokonana m.in. z zachowaniem wymagań, metod oraz w sposób określony w przedmiotowej normie.

Tym samym Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego jakoby zamawiający nie określił sposobu, w jaki ma zostać ustalona trwałość gazomierzy, gdyż, jak już wyżej wskazano, zamawiający na stronie 23 SIWZ w opisie dotyczącym „J - wskaźnika wydłużenia (....) okresu trwałości gazomierzy” w sposób jednoznaczny wskazał przedmiotową normę jako podstawę przeprowadzenia żądanych

badan oraz dookreślił - wbrew twierdzeniom odwołującego - iż ocena wskaźnika zostanie dokonana na podstawie analizy udokumentowanych i dostarczonych przez wykonawcę badań, a nie samego faktu ich wykonania. Nie będzie więc premiowane samo badanie, tj. takie, które mimo wykonania nie potwierdziło wydłużonego okresu trwałości gazomierzy. Kwestionowany wskaźnik będzie bowiem wyliczony jedynie w oparciu o wykazaną i udokumentowaną trwałość. Natomiast wydłużenie trwałości gazomierzy w stosunku do wymogów normy PN-EN 1359:2004/A1:2006 spowodowane jest - jak oświadczył zamawiający - istotnymi dla niego korzyściami ekonomicznymi, jak również gwarancją dokładnych rozliczeń zużywanego gazu przez odbiorców w całym okresie legalizacji gazomierzy.

Tym samym, w ocenie KIO, zamawiający w sposób prawidłowy opisał kryterium „J - wskaźnik wydłużenia (...) okresu trwałości gazomierzy”.

Zarzut 4 - Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż zamawiający w rozdziale III „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 13 zamieścił postanowienia dotyczące wymagań technicznych i jakościowych w stosunku do przedmiotu dostawy w każdym z zadań, które - jak wskazał - są niezbędne do dokonania oceny oferty w kryterium „ocena techniczna”, przy czym ich niespełnienie nie spowoduje odrzucenia ofert. W ppkt 5 przedmiotowych wymogów zażądał „badania odnośnie stabilności charakterystyki metrologicznej podczas badania trwałości w zakresie strumieni objętości od 0,1 Q_{max} do Q_{max} przez co najmniej 5000 h przy Q_{max} wg. pkt. 7.1.2 normy PN-EN 1359:2004 ze zmianą w PN-EN 1359:2004/A1:2006” (s. 8 SIWZ). Na potwierdzenie, że oferowane gazomierze spełniają wymagania techniczne i jakościowe, zażądał przedłożenia - zgodnie z pkt 14 ppkt 4 - wyników badań dla danego gazomierza odnośnie zmiany wartości błędów w stosunku do odpowiednich wartości początkowych podczas badania trwałości we wskazanych zakresach objętości przez co najmniej 5000 godzin (s. SIWZ). Natomiast w rozdziale XIII SIWZ „Opis kryteriów (...)”, pkt. 2, litera b), a więc w kryterium „ocena techniczna” wskazał, iż ocena wskaźnika „K - wskaźnik odnośnie stabilności charakterystyki metrologicznej” - zostanie dokonana na podstawie analizy dostarczonych przez wykonawcę wyników badań (s. 23 SIWZ).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że norma PN-EN 1359:2004/A1:2006 wymaga jedynie by okres badania trwałości wynosił 5000 godzin i tylko dla takiego okresu szczegółowo określono parametry przeprowadzenia badania. Brak jest określenia w normie częstotliwości i metodologii badań trwałości trwających dłużej niż 5000 godzin. Tak więc przedmiotowe dane zamawiający powinien był określić w SIWZ.

W ocenie Izby, zamawiający określając kryterium „K - wskaźnik odnośnie stabilności charakterystyki metrologicznej podczas badania trwałości (...)”, w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości wskazał, iż „ocena tego wskaźnika zostanie dokonana na podstawie analizy dostarczonych przez wykonawcę wyników badań” i wyliczona według zamieszczonego w tym kryterium wzoru. Izba także ustaliła - na podstawie analizy treści SIWZ - iż Zamawiający w rozdziale III pkt 13, ppkt 5 i pkt 14, ppkt 6 podał, iż żądane badania mają być przeprowadzone „wg pkt 7.1.2 normy PN-EN 1359:2004/A1:2006”. Powyższe oznacza, że do przeprowadzenia tego rodzaju badań (badań odnośnie stabilności charakterystyki metrologicznej podczas badania trwałości) należy zastosować metodologie badawcze, które mają zastosowanie do badań, w którym okres trwałości wynosi 5000 godzin. Tym samym zarzut ewentualnej nieporównywalności ofert ze względu na różne metody badawcze nie znajduje uzasadnienia. Skoro zamawiający wskazał jako punkt wyjścia do przeprowadzonych badań normę PN-EN 1359:2004/A1:2006, zawierającą dopuszczalne metody badawcze, niewątpliwie w ten właśnie sposób określił metodę, która powinna być zastosowana przy uzyskaniu żądanych badań. Również i w tym przypadku, Izba nie znalazła podstaw do uznania, iż zamawiający w sposób nieprawidłowy określił kryterium „K - (...)”, zwłaszcza, że premiując najkorzystniejszą zmianę wartości błędów wskazań po badaniu trwałości w czasie co najmniej 5000 godzin, kierował się nie tylko własnym interesem ekonomicznym, co jest również istotne, ale także interesem swoich klientów (odbiorców gazu).

W ocenie KIO nie potwierdziły się także zarzuty pod adresem kryterium „L” i „M”, co do których - jak podniósł odwołujący na rozprawie - kwestionuje jedynie nieprecyzyjność postanowień SIWZ dotyczących przedmiotowych kryteriów.

W zakresie kryterium „L” - Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale III SIWZ pkt 13, ppkt 6 zażądał od wykonawców „Badania odnośnie stabilności odporności każdego typu gazomierza na działanie magnesów neodymowych przeprowadzone przez niezależne laboratorium akredytowane we właściwym zakresie” (s. 8 SIWZ), na potwierdzenie których, należy przedłożyć - zgodnie z pkt 14 ppkt

5 - wyniki badań dla danego typu gazomierzy potwierdzające jego odporność na działanie magnesów neodymowych (s. 9 SIWZ). Natomiast w rozdziale XIII SIWZ „Opis kryteriów (...)”, pkt 2, litera b), a więc w kryterium „ocena techniczna” wskazał, iż ocena wskaźnika „L - wskaźnik odporności gazomierza na działanie magnesów neodymowych” zostanie dokonana na podstawie analizy dostarczonych przez wykonawcę wyników badań (s. 23 SIWZ).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu wprowadzenie tego kryterium, mimo iż tego rodzaju badanie nie jest opisane w normie PN-EN 1359:2004/A1:2006 ani w dyrektywach europejskich.

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że na rynku polskim dość częstym zjawiskiem jest ingerencja w gazomierze nieuczciwych odbiorców. W takich sytuacjach, na skutek zastosowania powszechnie dostępnych magnesów neodymowych, dochodzi do zakłócenia pracy gazomierzy. Dlatego też uzasadnionym jest zastosowanie dodatkowego kryterium, które pozwoli zamawiającemu na przyznanie dodatkowych punktów tym wykonawcom, którzy istotnie oferują gazomierze odporne na ten proceder, na skutek którego zamawiający ponosi znaczne straty finansowe. Zdaniem Izby zamawiający, wobec braku normy, na tego rodzaju odporności gazomierzy, w sposób prawidłowy i szczegółowy opisał, nie tylko jaki dokument należy złożyć w celu potwierdzenia spełnienia tego wymogu, ale także co tego rodzaju badania powinny przedstawiać, za pomocą jakiej metody powinny być dokonane, jak również określił kiedy przedłożone badania uzna za pozytywne. W tej sytuacji Izba uznała, iż brak jest podstaw do stwierdzenia, iż kwestionowane kryterium „L - wskaźnik odporności gazomierza na działanie magnesów neodymowych” nie zostało opisane w sposób wystarczający i prawidłowy, a co za tym idzie w sposób pozwalający na prawidłowe przygotowanie oferty.

W zakresie kryterium „M” Izba stwierdziła, iż zamawiający w rozdziale III SIWZ pkt 13 ppkt 7 przedmiotowych wymogów zażądał „Badania odnośnie błędów wskazań gazomierza w deklarowanym przez producenta zakresie temperatury otoczenia i gazu (p. 7.1.3 normy PN-EN 1359:2004 ze zmianą w PN-EN 1359:2004/A1:2006) wykonane przez niezależną jednostkę badawczą akredytowaną we właściwym zakresie” (s. 8 SIWZ). Natomiast na potwierdzenie, że oferowane gazomierze spełniają wymagania techniczne i jakościowe, przedłożenia - zgodnie z pkt 14 ppkt 6 - wyników badań dla danego typu odnośnie błędów wskazań gazomierza w deklarowanym zakresie temperatury otoczenia i gazu (s. 10 SIWZ). Nadto w rozdziale XIII SIWZ „Opis kryteriów (...)”, pkt 2 litera b), a więc w kryterium „ocena techniczna” dodał, iż ocena wskaźnika „M - wskaźnik wpływu temperatury otoczenia na błędy wskazań gazomierzy” zostanie dokonana na podstawie analizy dostarczonych przez wykonawcę wyników badań (s. 24 SIWZ).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu nieprecyzyjne sformułowania zawarte także w tym kryterium, konsekwencją czego jest nieczytelność SIWZ.

Zdaniem Izby i w tym kryterium zamawiający, stawiając wykonawcom żądanie przedłożenia badania odnośnie błędów wskazań gazomierza w deklarowanym przez producenta zakresie temperatury otoczenia i gazu, wskazał normę PN-EN 1359:2004/A1:2006, jako tę normę, w oparciu o którą należy przeprowadzić przedmiotowe badania (p. 7.1.3 normy), czyli określił metodę badawczą. Nadto doprecyzowując, iż ocena wskaźnika w kryterium „M - wskaźnik wpływu temperatury otoczenia na błędy wskazań gazomierzy” zostanie dokonana na podstawie analizy dostarczonych przez wykonawcę badań i ponownie podkreślając, iż wykonawca powinien wykazać spełnianie przez dany gazomierz wymogów „z pkt 7.1.3 normy PN-EN 1359:2004/A1:2006 w zakresie temperatury otoczenia i gazu poniżej -20°C i powyżej +40°C. Biorąc pod uwagę fakt, iż gazomierze montowane są w miejscach narażonych na działanie niekorzystnych i intensywnych działań atmosferycznych, a więc w warunkach, które niejednokrotnie dobiegają od minimalnych wymagań określonych w normie PN-EN 1359:2004/A1:2006, Izba stwierdziła, że istotnie wprowadzone przez zamawiającego rozwiązanie (kryterium) leży nie tylko w jego interesie, ale i interesie odbiorców gazu.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że ponieważ wymogi dodatkowe w kryterium „L - wskaźnik odporności gazomierza na działanie magnesów neodymowych”, jak i kryterium „M - wskaźnik wpływu temperatury otoczenia na błędy wskazań gazomierzy”, nie powodują odrzucenia oferty w przypadku nie przedłożenia żądanych w tych kryteriach badań, a ocena także w tych kryteriach zostanie dokonana w oparciu o wyniki badań, a nie fakt przeprowadzenia badań, co niewątpliwie wynika z SIWZ, to uznać należy, że kryteria te sformułowano w sposób jasny i czytelny i brak jest podstaw do ich korygowania.

W konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego wskazanych przez odwołującego przepisów i orzekła jak w sentencji wyroku z dnia 20

lutego 2009r.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,- zł na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 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.).

Od wyżej przedstawionego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej skargę do Sądu wniósł ELEKTROMETAL S.A. w Cieszylinie. Skarżący podał, iż składa skargę w części oddalającej odwołanie co do następujących postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:

1. punkt 13 ppkt 4 w związku z punktem 14 ppkt 3 w rozdziale III SIWZ oraz punkt 2 lit. b) w rozdziale XIII SIWZ w części dotyczącej kryterium oceny ofert określonego jako „J - wskaźnik wydłużenia, ponad wymagany normą, okres badania trwałości gazomierzy”,
2. punkt 13 ppkt 5 w związku z punktem 14 ppkt 4 w rozdziale III SIWZ oraz punkt 2 lit. b) w rozdziale XIII SIWZ w części dotyczącej kryterium oceny ofert określonego jako „K - wskaźnik odnośnie stabilności charakterystyki metrologicznej”,

oraz w części obciążającej skarżącego kosztami postępowania, tj. co do punktu 2 (drugiego) wyroku. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie prawa materialnego poprzez błędną wykładnię

przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegających na przyjęciu, że postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w punkcie 13 ppkt 4 i ppkt 5 odpowiednio w związku z punktem 14 ppkt 3 i ppkt 4 w rozdziale III SIWZ oraz punktem 2 lit. b) w rozdziale XIII SIWZ w części dotyczącej kryteriów oceny ofert określonych jako „J - wskaźnik wydłużenia, ponad wymagany normą, okres badania trwałości gazomierzy” oraz jako „K - wskaźnik odnośnie stabilności charakterystyki metrologicznej”, nie utrudniają wprowadzenia na rynek gazomierzy miechowych oznaczonych znakiem „CE”, a tym samym przeciwnik skargi nie naruszył zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W oparciu o powyższe zarzuty wniósł o zmianę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 20 lutego

2009 r., sygn. akt. KIO/UZP 130/09 w zaskarżonej części poprzez uwzględnienie odwołania i nakazanie przeciwnikowi skargi unieważnienia postępowania oraz o zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego zwrotu kosztów postępowania.

Ponadto skarżący wniósł o wystąpienie do Trybunału Sprawiedliwości na podstawie art. 234 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską o dokonanie wykładni postanowień dyrektywy 2004/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie przyrządów pomiarowych (Dz. U. UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r.), w szczególności poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy można uznać za zgodne z art. 8 ust. 1 tej dyrektywy sformułowanie przez podmiot zamawiający w postępowaniu przetargowym, uregulowanym dyrektywą 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedury udzielenia zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, którego przedmiotem jest dostawa gazomierzy miechowych, kryteriów oceny ofert, w ramach których przyznawane są punkty za spełnienie przez oferowane gazomierze dalej idących wymagań niż wymogi zasadnicze określone w dyrektywie 2004/22/WE, jak również czy takie sformułowanie kryteriów oceny ofert może być uznane za dyskryminację pośrednią i utrudnianie wprowadzania do obrotu i użytkowania przyrządów pomiarowych oznaczonych znakiem „CE”.

Skarżący w uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację:

1. Gazomierze miechowe, których dostawa jest przedmiotem spornego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podlegają przepisom dyrektywy 2004/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie przyrządów pomiarowych (Dz. U. UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r.), dalej zwanej *dyrektywą 2004/22/WE lub dyrektywą MID*. Zgodnie z art. 249 akapit 3 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską *zwanego dalej Traktatem rzymskim*, dyrektywa wiąże każde Państwo Członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być

osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków. Podmiotem odpowiedzialnym za implementację dyrektywy do prawa krajowego jest państwo, którego obowiązkiem jest wprowadzenie odpowiednich zmian legislacyjnych.

Dyrektywa MID została wdrożona do prawa polskiego przepisami ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności oraz rozporządzenia Ministra Gospodarki z 18 grudnia 2006 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla przyrządów pomiarowych.

Przepis art. 10 Traktatu rzymskiego zobowiązuje Państwa Członkowskie do podjęcia wszelkich właściwych środków ogólnych lub szczególnych w celu zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatu lub z działań instytucji Wspólnoty. Z tego względu implementacja dyrektywy nie *może* ograniczać się do zmian legislacyjnych, lecz powinna polegać na rzeczywistym przestrzeganiu zobowiązań wynikających z dyrektywy. Obowiązek zapewnienia należytego wykonania dyrektyw ciąży zatem nie tylko na organach państwa członkowskiego właściwych do ustanowienia przepisów prawnych, lecz także na organach stosujących prawo. Ponadto celem zapewnienia efektywności prawa wspólnotowego w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości przyjęto szeroką definicję państwa, która poza organami państwa, obejmuje również inne podmioty, będące w rozumieniu prawa krajowego podmiotami odrębnymi od państwa. Pojęcie „państwo” obejmuje zatem jednostki organizacyjne podlegające władzom publicznym lub pozostające pod ich kontrolą (tak np. wyrok z 26 lutego 1986 r. w sprawie 152/84 Marshall, wyrok z 12 lipca 1990 r. w sprawie C-188/89 Foster i in., wyrok z 22 czerwca 1989 r. w sprawie 103/88, postanowienie z dnia 26 maja 2005 r. w sprawie C-297/03, wyrok z 14 czerwca 2007 r. w sprawie C 6/05).

Przeciwnik skargi, Pomorska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. jest spółką prawa handlowego, w której Skarb Państwa, pośrednio przez Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., posiada ponad 50 % udziałów. Przedmiot działalności przeciwnika skargi obejmuje m.in. dystrybucję i sprzedaż paliw gazowych w systemie sieciowym. Zgodnie z przepisami ustawy z 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne jest to działalność koncesjonowana, co oznacza, że mogą ją wykonywać wyłącznie podmioty, które uzyskały koncesję od Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. Prezes URE, który jest centralnym organem administracji państwowej, reguluje działalność przedsiębiorstw energetycznych zgodnie z ustawą i polityką energetyczną państwa, zmierzając do równoważenia interesów przedsiębiorstw energetycznych i odbiorców paliw i energii (art. 23 ustawy Prawo energetyczne). Przeciwnik skargi jest zobowiązany do udzielenia zamówień służących dystrybucji i sprzedaży paliw gazowych w systemie sieciowym zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 3 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 132 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 2 i 3 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, zwanej dalej dyrektywą sektorową).

Główną przyczyną wprowadzenia obowiązku udzielenia zamówień na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych przez podmioty działające w tym sektorze jest „różnorodność sposobów, przy pomocy których instytucje krajowe mogą wywierać wpływ na zachowanie wspomnianych podmiotów, łącznie z udziałem w ich kapitale i członkostwem w organach administrujących, zarządzających lub nadzorczych tych podmiotów. Inną istotną przyczyną skoordynowania procedur udzielania zamówień, stosowanych przez podmioty działające w tych sektorach, jest zamknięty charakter rynków, na których prowadzą one działalność, ze względu na istnienie specjalnych lub wyłącznych praw przyznawanych przez Państwa Członkowskie w zakresie dostaw, zapewnienia lub obsługi sieci do świadczenia omawianych usług” (punkty 2 i 3 preambuły do dyrektywy sektorowej).

Zdaniem skarżącego, z uwagi na przedmiot działalności przeciwnika skargi, jego strukturę własnościową oraz wpływ, jaki za pośrednictwem udziału w jego kapitale zakładowym i poprzez nadzór Prezesa URM państwo może wywierać na jego działalności, należy zaliczyć przeciwnika skargi do podmiotów stanowiących emanację państwa. Obowiązek zapewnienia należytego wykonania dyrektywy MID ciąży zatem również na przeciwniku skargi, a powołane przez skarżącego w proteście i odwołaniu przepisy i orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości znajdują zastosowanie w sprawie.

2. Norma PN-EN 1359:2004/A1:2006 przenosi normę europejską EN 1359:1998/A1:2006, która z kolei została opracowana przez Europejski Komitet Normalizacyjny (CEN) zgodnie z dyrektywą MID. Dyrektywa MID należy do dyrektyw tzw. nowego podejścia, wydawanych na podstawie art. 95 Traktatu rzymskiego (poprzednio, przed zmianą Traktatu, art. 100a). Zgodnie z art. 95 Traktatu

rymskiego do urzeczywistnienia celów określonych w art. 14 Rada, stanowiąc zgodnie z procedurą współdecydowania z Parlamentem określoną w artykule 251 i po konsultacji z Komitetem Ekonomiczno-Społecznym, przyjmuje środki dotyczące zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich, które mają na celu ustanowienie i funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Rynek wewnętrzny obejmuje natomiast obszar bez granic wewnętrznych, w którym jest zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału (art. 14 ust. 2 Traktatu rzymskiego).

Tzw. nowe podejście zostało przyjęte przez Radę w zaleceniu z 7 maja 1985 r. w sprawie nowego podejścia do harmonizacji technicznej i norm, powołanym w punkcie 9 preambuły do Dyrektywy MID. Zgodnie z powołanym zaleceniem nowe podejście opiera się na czterech podstawowych założeniach:

- 1) harmonizacja za pośrednictwem dyrektywy ogranicza się do zasadniczych wymogów bezpieczeństwa (essential safety requirements), które muszą spełniać produkty celem ich wprowadzenia do obrotu i korzystania ze swobodnego przepływu towarów,
- 2) określenie szczegółowych norm technicznych zostaje pozostawione w gestii wyspecjalizowanych podmiotów, w szczególności europejskich komitetów normalizacyjnych,
- 3) stosowanie norm technicznych nie jest obligatoryjne,
- 4) równocześnie jednak władze krajowe są zobowiązane do respektowania domniemania, że produkty wytwarzane zgodnie z tymi normami spełniają wymagania zasadnicze określone przez dyrektywy; producent może natomiast zdecydować, że nie będzie wytwarzał produktów zgodnie z normami technicznymi, co oznacza jednak, że w takim przypadku ciąży na nim obowiązek wykazania, że jego produkty spełniają wymagania zasadnicze z dyrektywy.

Zgodnie z powołanym zaleceniem Rady harmonizacja w duchu nowego podejścia co do zasady powinna być harmonizacją pełną polegającą na ujednoliceniu standardów jakości w celu usuwania barier w swobodnym przepływie towarów. Mimo, że zalecenia nie mają mocy wiążącej (art. 249 akapit 5 Traktatu rzymskiego), ich treść powinna być uwzględniana przez organy stosujące prawo.

Dyrektywy nowego podejścia są przyjmowane na podstawie art. 95 (przed zmianami art. 100a) Traktatu rzymskiego i mają ułatwiać swobodny przepływ wyrobów, których dotyczą poświadczonych jako zgodne z tymi dyrektywami, „tak aby zastąpić poszczególne przepisy przyjęte w państwach członkowskich w tej dziedzinie, które mogą stanowić przeszkodę w swobodnym przepływie towarów” (tak Europejski Trybunał Sprawiedliwości w uzasadnieniu wyroku z 14 czerwca 2007 r. sprawa C 6/05 Medipac-Kazantzidis AE przeciwko Venizeleio-Pananeio P.E.S.Y. KRITIS - teza 51 odnośnie dyrektywy nr 93/42 dotyczącej wyrobów medycznych).

Dyrektywy nowego podejścia nie są zatem aktami harmonizacji minimalnej. Tym samym nie jest uprawnione utożsamianie wymogów zasadniczych określonych przez te dyrektywy z wymogami minimalnymi. Państwa nie są bowiem uprawnione do wprowadzenia dalej idących wymogów, co wyraźnie stwierdził Europejski Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu w wyroku z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie C-103/01 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec.

Dyrektywa MID ustanawia wymagania, które powinny spełniać urządzenia i systemy z funkcjami pomiarowymi, zdefiniowanymi w załącznikach zawierających wymagania szczególne m.in. dla gazomierzy i przeliczników do gazomierzy, w szczególności w związku z ich wprowadzeniem na rynek lub do zastosowań (art. 3 ust. 1 dyrektywy MID).

Dyrektywa MID została wydana na podstawie art. 95 Traktatu rzymskiego, a zatem jej celem jest urzeczywistnianie swobody przepływu towarów na terenie Wspólnoty Europejskiej i rynku wewnętrznego.

Zgodnie z punktem 3 preambuły do dyrektywy MID prawna kontrola metrologiczna nie może stwarzać barier w swobodnym przepływie przyrządów pomiarowych, przepisy powinny być takie same we wszystkich Państwach Członkowskich, a dowód zgodności akceptowany we Wspólnocie. Zgodność przyrządu pomiarowego z wszystkimi przepisami dyrektywy MID wskazana jest przez obecność na nim znaku „CE” i dodatkowego oznakowania metrologicznego (art. 7 ust. 1 dyrektywy MID). Ocena zgodności przyrządu pomiarowego z wymaganiami zasadniczymi przeprowadzana jest

natomiaś przy zastosowaniu, z wyboru producenta, jednej z procedur oceny zgodności wymienionych w załączniku szczególnym dla przyrządu (art. 9 dyrektywy MID).

Państwa Członkowskie nie mogą utrudniać wprowadzania na rynek i do użytkowania przyrządów pomiarowych oznaczonych znakiem „CE” i dodatkowym oznakowaniem metrologicznym, zgodnie z przepisami dyrektywy MID (punkt 17 preambuły oraz art. 8 ust. 1 dyrektywy MID).

Zdaniem skarżącego przeciwnik skargi, jako podmiot będący emanacją państwa, nie może zatem utrudniać wprowadzenia na rynek gazomierzy niechowych oznaczonych znakiem „CE” i stawiać wykonawcom dalej idących wymogów niż określone w normie PN-EN 1359:204/A1:2006. Wartościowanie produktów może się dokonywać wyłącznie w ramach wymagań zasadniczych. Z załącznika M-002 do dyrektywy MID wynika przykładowo, że trwałość gazomierzy określona jest przy użyciu dwóch wskaźników:

zmiany wyniku pomiaru po badaniu trwałościowym, w porównaniu do wyników początkowych, błędu wskazań po badaniu trwałościowym

Celem uznania, że gazomierz spełnia wymagania zasadnicze wystarczające jest, by powyższe wskaźniki nie przekroczyły wartości wskazanych w dyrektywie. Wartości te mają charakter graniczny, a nie sztywny. Poszczególne gazomierze charakteryzują się różnymi błędami wskazań po badaniu trwałościowym, aczkolwiek spełniają one wymagania zasadnicze. Podmiot zamawiający mógłby przyznawać dodatkowe punkty tym gazomierzom, które mają najniższe wskaźniki błędów, ale w trakcie badań przeprowadzonych w granicach wyznaczonych przez normę.

3. Skarżący podniósł, że Krajowa Izba Odwoławcza, po analizie kwestionowanych przez skarżącego postanowień SIWZ uznała je za dopuszczalne, ponieważ z art. 34 ust. 5 dyrektywy sektorowej wynika, iż zamawiający nie może odrzucić oferty która jest zgodna z normą krajową przenoszącą normę europejską. Powołany przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przepis art. 34 ust. 5 dyrektywy sektorowej stanowi, co następuje:

„Jeżeli podmiot zamawiający korzysta z możliwości, na warunkach określonych w pkt. 3, określenia wymogów w zakresie wykonania lub funkcjonalności, nie może on odrzucić oferty produktów, usług lub robót budowlanych, które są zgodne z normą krajową przenoszącą normę europejską, z europejską aprobatą techniczną, ze wspólną specyfikacją techniczną, z normą międzynarodową, lub z systemem referencji technicznych utworzonym przez europejską instytucję normalizacyjną, jeżeli specyfikacje te odnoszą się do wymogów w zakresie wykonania lub funkcjonalności, które taka instytucja określiła.

Oferent powinien udowodnić w swojej ofercie w sposób zadawalający zamawiającego, wykorzystując w tym celu wszelkie właściwe środki, że produkt, usługa lub roboty budowlane zgodne z daną normą spełniają wymogi w zakresie wykonania lub funkcjonalności określone przez podmiot zamawiający.

Właściwe środki mogą obejmować dokumentację techniczną producenta lub raport z testów wykonanych przez uznany organ”.

Skarżący podniósł, że przepis art. 34 ust. 3 dyrektywy sektorowej wskazuje kilka sposobów określenia specyfikacji technicznych przedmiotu zamówienia. W pierwszej kolejności specyfikacje techniczne mogą być określone przez odwołanie się do norm technicznych (w kolejności wskazanej w art. 34 ust. 3 lit. a dyrektywy sektorowej). Zamawiający może również wybrać inny sposób określenia specyfikacji technicznych poprzez sformułowanie wymagań w zakresie funkcjonalności lub sposobu realizacji zamówienia, bez odniesienia do norm technicznych (art. 34 ust. 3 lit. b - d dyrektywy sektorowej). Przepis art. 34 ust. 5 ma zastosowanie do tej drugiej sytuacji, tj. gdy zamawiający samodzielnie opisać przedmiot zamówienia poprzez określenie wymogów w zakresie wykonania lub funkcjonalności. W takiej sytuacji zamawiającemu nie wolno odrzucić oferty produktów zgodnych z daną normą jeżeli norma ta odnosi się do wymogów w zakresie wykonania lub funkcjonalności określonych w specyfikacji zamawiającego.

W spornej SIWZ przeciwnik skargi opisał przedmiot zamówienia, co najmniej w kryterium trwałości i stabilności metrologicznej, przez odniesienie do normy PN-EN 1359:2004/A1:2006, nie skorzystał zatem z możliwości samodzielnego opisanie przedmiotu zamówienia przez określenie wymogów w zakresie wykonania lub funkcjonalności.

Zdaniem skarżącego stan faktyczny w niniejszej sprawie nie jest zatem objęty hipotezą normy art. 34 ust. 5 dyrektywy sektorowej. Tym samym przeprowadzone przez Krajową Izbę Odwoławczą wnioskowanie a *contrario* jest błędne, ponieważ przepis ten reguluje inne sytuacje, a wynik tego wnioskowania dotyczy innego przedmiotu niż interpretowana norma.

4. Zasada równowartości wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wraz z zasadą uczciwej konkurencji, są fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień. Pozwalają one na efektywne i gospodarcze dysponowanie środkami publicznymi oraz zapewnienie dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Zapewniają również przestrzeganie odpowiednich regulacji dyrektyw oraz przepisów traktatowych.

Zamawiający jest zobowiązany do stosowania powyższych zasad na wszystkich etapach przygotowania, jak i prowadzenia postępowania. Pod kątem ich przestrzegania należy oceniać nie tylko opis przedmiotu zamówienia i warunki udziału w postępowaniu, ale i kryteria oceny ofert.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców.

Zdaniem skarżącego oczywiste jest, że zasadę równości naruszyłyby postanowienia SIWZ wprost przewidujące odrzucenie ofert, których przedmiotem byłyby gazomierze spełniające wyłącznie wymagania zasadnicze określone w dyrektywie MID. Stanowiłoby to bowiem jawną dyskryminację. Za sprzeczne z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych należy jednak uznać również takie postanowienia SIWZ, które w sensie formalnym nie powodują odrzucenia takich ofert, ale skutkują takimi samymi utrudnieniami w ubieganiu się o udzielenie zamówienia.

Przeciwnik skargi tak dobrał kryteria oceny ofert i skonstruował ich wagę, że z góry eliminuje część wykonawców ze skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia i osiąga skutek analogiczny jak odrzucenie ich ofert. Kwestionowane przez skarżącego kryteria ofert reprezentują bowiem łącznie 25 % możliwych do uzyskania punktów. Uwzględniając ich wagę, wykonawcy oferujący gazomierze spełniające podstawowe wymagania określone dyrektywą MID i normą PN-EN 1359:2004/A1:2006, ale nie legitymujący się badaniami trwałości w okresie dłuższym niż 5000 godzin, są z góry skazani na przegranie przetargu. Potwierdzają to wyniki przetargu na dostawę gazomierzy miechowych zorganizowanego przez Dolnośląską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o., należącą do tej samej grupy kapitałowej co przeciwnik skargi. Skarżący, wspólnie ze inną spółką złożył ofertę na realizację części nr 3 i nr 5 zamówienia. Waga analogicznego kryterium oceny ofert „wydłużenie okresu badania stabilności charakterystyki metrologicznej” wynosiła 5 % (dla porównania w rozpatrywanej sprawie wynosi ona 15 %). Mimo zdobycia przez skarżącego największej ilości punktów w kryterium ceny o wadze 50 %, nie uzyskał on zamówienia, zajmując odpowiednio trzecie i czwarte miejsce.

Skarżący podniósł, że biorąc pod uwagę, że zgodnie z postanowieniami SIWZ w niniejszej sprawie waga kryterium ceny stanowi zaledwie 40 %, a łączna waga kwestionowanych przez skarżącego kryteriów oceny ofert - 25 %, niespełnienie przez skarżącego wymogów skutecznie uniemożliwia skarżącemu ubieganie się o udzielenie zamówienia. Argument przeciwnika skargi, że „może odpowiednio sformułować swoją ofertę, aby wykorzystać wszelkie możliwości, jakie daje mu SIWZ, a także ustawa w celu skutecznego ubiegania się o przedmiotowe zamówienie”, jest zdaniem skarżącego - gołosłowny. Wykonawca nie ma bowiem realnej szansy odzyskania punktów straconych w kryteriach „J” i „K” w pozostałych kryteriach, nawet gdyby skarżący obniżył cenę poniżej poziomu opłacalności lub oferował cenę w wysokości 1 zł.

Ponadto wprowadzenie wymogu przedłożenia badań odnośnie wydłużenia, ponad wymagany normą okres trwałości premiuje wykonawców, którzy dłużej funkcjonują na rynku. Wymaga ono bowiem przeprowadzenia od nowa badania trwałości, co przy 5000 godzin trwa ponad 200 dni. Przeprowadzenie badania trwałości trwającego np. 10000 godzin (takimi ponadnormatywnymi badaniami dysponują wykonawcy spełniający wymagania określone w SIWZ) wymaga 417 dni, czyli ponad roku. Do tego czasu wykonawca, który działa krócej na rynku, nie ma szans ubiegać się o zamówienie na warunkach określonych w SIWZ, mimo że oferuje gazomierze spełniające podstawowe wymagania określone dyrektywą MID. Ocena oferty z zastosowania tak sformułowanych kryteriów w praktyce wywołuje takie same skutki jak odrzucenie oferty, pozbawia bowiem skarżącego realnej możliwości ubiegania się o zamówienie.

Kwestionowane postanowienia SIWZ tylko formalnie są zgodne z przepisami ustawy. Prawo zamówień publicznych i nie dyskryminują bezpośrednio wykonawców. Kwestionowane postanowienia SIWZ stanowią przykład dyskryminacji pośredniej. Pozornie neutralne kryteria oceny ofert są bowiem tak dobrane, że pozbawiają rzeczywistej możliwości uzyskania zamówienia przez grupę wykonawców, którzy oferują gazomierze spełniające wyłączenie wymagania zasadnicze wynikające z dyrektywy MID.

5. Zdaniem skarżącego potrzeby, którymi przeciwnik skargi uzasadnia zakwestionowane przez skarżącego postanowienia SIWZ, tj. potrzeby ekonomiczne i dotyczące odbiorców gazu, nie uprawniają go do stawiania dalej idących wymogów niż wymagania zasadnicze określone w dyrektywie MID. Potrzeby te nie zostały bowiem wymienione w art. 8 i 19 tej dyrektywy, jak również nie miała miejsca przewidziana tam procedura.

Zgodnie z art. 8 dyrektywy MID państwo członkowskie może żądać, żeby przyrząd pomiarowy spełniał wymagania wynikające z lokalnych warunków klimatycznych, aby mógł być wprowadzony do użytkowania.

Art. 19 dyrektywy MID ustanawia natomiast klauzulę uprawniającą państwo członkowskie do podjęcia wszelkich niezbędnych działań, aby wycofać te przyrządy z rynku, zakazać lub ograniczyć ich dalsze wprowadzanie na rynek albo zakazać lub ograniczyć ich dalsze użytkowanie, jeżeli Państwo Członkowskie ustali, że wszystkie przyrządy pomiarowe danego modelu oznaczone znakiem „CE” i dodatkowym oznakowaniem metrologicznym lub ich część nie spełniają wymagań zasadniczych odnoszących się do właściwości metrologicznych ustalonych w tej dyrektywie, gdy są prawidłowo zainstalowane i używane zgodnie z instrukcjami producenta.

W rozpatrywanej sprawie nie zachodzą przesłanki zastosowania powyższych przepisów.

6. Skarżący posiada interes prawny we wniesieniu skargi w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Skarżący jest bowiem producentem gazomierzy miechowych spełniających wymogi zasadnicze określone normą PN-EN 1359:2004/A1:2006. Zakwestionowane postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ograniczają swobodny obrót oferowanymi przez skarżącego gazomierzami oraz dyskryminują skarżącego i uniemożliwiły mu prawidłowe złożenie oferty oraz ubiegania się o udzielenie zamówienia w toku postępowania prowadzonego z zachowaniem zasad równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

7. Zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Skarżący wskazał, że biorąc pod uwagę, iż w rozpoznawanej sprawie termin składania ofert upłynął 24 lutego 2009 r., nie jest możliwe nakazanie przeciwnikowi skargi zmiany spomych postanowień SIWZ. Uzasadnia to żądanie zmiany zaskarżonego wyroku poprzez nakazanie przeciwnikowi skargi unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Postępowanie obciążone jest bowiem wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający w odpowiedzi na skargę wniósł o jej odrzucenie z uwagi na brak legitymacji czynnej po stronie skarżącego ewentualnie o 1. oddalenie wniosku skarżącego o wystąpienie do Trybunału Sprawiedliwości o dokonanie wykładni postanowień dyrektywy 2004/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 31.03.2004 r., 2. oddalenie skargi w całości jako bezzasadnej oraz 3. zasądzenie od skarżącego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, czy norm przepisanych.

W uzasadnieniu zamawiający podał, że zgodnie z treścią art. 182 ust. 2 pkt. 3 Ustawy powyższy wyrok KIO stanowi ostateczne rozstrzygnięcie protestu wniesionego w dniu 16 stycznia 2009 r. przez skarżącego, dotyczącego postanowień SIWZ. Wobec powyższego przedmiotowe postępowanie zostało przeprowadzone, zgodnie z treścią SIWZ, ustaloną w wyniku powyższego wyroku KIO i zakończone zostało wyborem ofert we wszystkich częściach zamówienia. Podkreślił, skarżący nie złożył oferty w żadnej z części zamówienia w przedmiotowym przetargu, a tym samym sam zrezygnował z uczestnictwa w niniejszym przetargu pomimo, że postanowienia SIWZ w żaden sposób nie wykluczały go z postępowania i co więcej dawały mu możliwość złożenia oferty niepodlegającej

odrzućeniu. W tej sytuacji, zdaniem zamawiającego, uznać należy, że skarżący nie posiada interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony w rozumieniu art. 179 ust. 1 Ustawy.

Ponadto skarżący, wbrew treści protestu i odwołania, wnosi w skardze o unieważnienie postępowania. Wobec faktu, iż zarzuty i żądania dot. unieważnienia postępowania nie zostały poprzedzone protestem zamawiający wniósł, w powołaniu na art. 198 ust. 4 Ustawy, o pozostawienie ich bez rozpatrzenia oraz na podstawie art. 197 ust. 1 Ustawy o odrzuceniu skargi z uwagi na brak legitymacji czynnej do wniesienia skargi po stronie skarżącego.

Natomiast w zakresie meritum sprawy zamawiający podniósł, że stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w zaskarżonym wyroku, oddalające w całości zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z art. 34 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., w sprawie koordynacji procedury udzielania zamówień przez podmioty w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, w związku z opisem między innymi kryteriów „J” i „K”, jest w pełni uzasadnione i prawidłowe.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do treści art. 179 pkt 1 ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.; dalej: *ustawa Pzp*) środki ochrony prawnej, na które składają się trzy instytucje: protest, odwołanie oraz skarga do sądu na orzeczenie KIO, 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. Protest i odwołanie służą jedynie wykonawcy (z zastrzeżeniem art. 179 ust. 2 ustawy Pzp), zaś skarga do sądu na orzeczenie KIO przysługuje także zamawiającemu. Artykuł 194 ust. 1 ustawy Pzp najszerzej, jak to możliwe, zakreśla krąg podmiotów legitymowanych do wniesienia skargi, stanowiąc, iż na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu.

Rozwiązania przyjęte w dziale VI ustawy Pzp wpisują się w jeden z modeli systemu środków ochrony prawnej przysługujących uczestnikom procedur zamówień publicznych, dopuszczalnych w świetle dyrektyw Unii Europejskiej. Ustawodawca wspólnotowy problematyce ochrony prawnej przysługującej w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poświęcił dwie dyrektywy. Są to:

1) dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. koordynująca przepisy i regulacje administracyjne dotyczące stosowania procedur odwoławczych w udzielaniu zamówień publicznych (Dz. Urz. WE L 395 z 30 grudnia 1989 r.) oraz

2) dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy i regulacje administracyjne dotyczące stosowania zasad Wspólnoty w zakresie procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 76 z 23 marca 1992 r.).

Oba akty prawa wspólnotowego, pomimo iż zostały stworzone dla odrębnych grup podmiotów zamawiających (dyrektywa Rady 89/665/EWG dotyczy tzw. zamawiających klasycznych, zaś dyrektywa Rady 92/13/EWG odnosi się do zamawiających działających w tzw. sektorach wrażliwych, w Polsce nazywanych, w pewnym stopniu nieprawidłowo, zamawiającymi z sektora użyteczności publicznej), podobnie normują problematykę środków ochrony prawnej. Przewiduje się w nich przede wszystkim konieczność stworzenia przez państwa członkowskie UE systemu środków odwoławczych, spełniającego postulat efektywności (skuteczności) i szybkości w celu zagwarantowania ochrony prawnej w związku z naruszeniem przez zamawiających przepisów o zamówieniach publicznych (art. 1 ust. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG oraz art. 1 ust. 1 dyrektywy Rady 92/13/EWG). Dyrektywy zakładają iż państwa członkowskie powinny wprowadzić do swoich porządków prawnych unormowania przyznające prawo do:

- 1) podjęcia, w postępowaniu doraźnym, środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego naruszenia prawa wspólnotowego lub przepisów krajowych wdrażających to prawo lub zapobieżenia dalszym szkodom, w tym do zawieszenia lub doprowadzenia do zawieszenia procedury udzielenia zamówienia publicznego lub wykonania decyzji podjętych przez zamawiających;
- 2) uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji, w tym usunięcia dyskryminujących specyfikacji technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do przetargu, dokumentacji umowy lub jakiegokolwiek innym dokumencie związanym z procedurą udzielenia zamówienia;
- 3) przyznania odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia (art. 2 ust. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG oraz art. 2 ust. 1 dyrektywy Rady 92/13/EWG).

W strukturze środków prawnych przewidzianych w dyrektywach odwoławczych zasadniczym instrumentem będzie odwołanie zapewniające naprawę domniemanego naruszenia poprzez możliwość nakazania zamawiającemu dokonania lub powtórzenia czynności albo jej unieważnienia (art. 191 ust. 2 ustawy Pzp). Protest, choć wprost nazwany w polskiej ustawie środkiem ochrony prawnej, w świetle dyrektyw będzie jedynie rodzajem zawiadomienia informującego o domniemanym naruszeniu i zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych (art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG oraz art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG). Natomiast unijny wymóg przyznania prawa do odszkodowania realizowany jest przez powództwo odszkodowawcze wynikające z kodeksu cywilnego.

Krąg podmiotów legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określa art. 179 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Uprawnienie do zaskarżania czynności i bezprawnych zaniechań zamawiającego przypisano przede wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie danego zamówienia. Wyznaczenie tej grupy podmiotów legitymowanych wymaga jednak uwzględnienia dynamicznego charakteru definicji wykonawcy zawartej w art. 2 pkt 11. Stosownie do jej treści, na różnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przymiot wykonawcy będzie przysługiwał różnym grupom podmiotów. Dla przykładu, ci z wykonawców, którzy pobrali specyfikację istotnych warunków zamówienia, ale nie złożyli ofert, po upływie terminu na składanie ofert nie będą już wykonawcami. Podobnie wykonawca, który został wykluczony z przetargu ograniczonego (na etapie rozpatrywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), nie ma przymiotu wykonawcy w trakcie oceny ofert.

Artykuł 179 ust. 1 ustawy Pzp przyznaje prawo do środków ochrony prawnej bliżej niesprecyzowanej kategorii "innych osób". Osobom tym służą środki ochrony prawnej jedynie wówczas, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Nie chodzi zatem o wszelkie osoby inne niż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia (względnie uczestnicy konkursu), lecz tylko takie, których uprawnienie do udziału w procedurze, mające źródło w normie prawnej, zostaje bezpodstawnie ograniczone przez zamawiającego. Przykładem takiej osoby jest wykonawca, który nie został zaproszony do udziału w negocjacjach bez ogłoszenia, pomimo iż złożył ofertę w unieważnionym uprzednio przetargu nieograniczonym lub ograniczonym (por. art. 63 ust. 4 w zw. z art. 62 pkt 1). Ciężar dowodu na istnienie interesu prawnego oraz powstanie w nim uszczerbku spoczywa na osobie trzeciej.

Ostatnią grupą legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej są enumeratywnie wymienione rodzaje organizacji wykonawców wpisanych na listę prowadzoną przez Prezesa UZP. Ich uprawnienie ma charakter jedynie formalnoprawny, gdyż ewentualne działania i zaniechania zamawiającego nie wpływają bezpośrednio na ich pozycję prawną.

(por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, *Komentarz do art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. 07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2007, wyd. III).

Wskazane w art. 179 ust. 1 i 2 ustawy Pzp okoliczności uzasadniające poszukiwanie ochrony

prawnej w drodze środków odwoławczych mają charakter przesłanek materialnoprawnych, czyli przesłanek zasadności wnoszonego środka. Ich zaistnienie nie wpływa na możliwość wszczęcia procedur odwoławczych, lecz warunkuje uwzględnienie wniesionego środka. Brak uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy w uzyskaniu zamówienia albo nienaruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy nie oznacza bowiem, że postępowanie odwoławcze nie może się rozpocząć, lecz jedynie, że odwołanie wniesione w takich warunkach zostanie oddalone.

Koniecznym jest odróżnienie przesłanek materialnoprawnych od przesłanek formalnych, czyli okoliczności, których istnienie lub nieistnienie decyduje o możliwości rozpoznania w określonym postępowaniu danej sprawy. Przesłankami takimi będą legitymacja do wniesienia środka, dochowanie terminów do wniesienia poszczególnych środków odwoławczych, a w przypadku odwołania - także forma pisma procesowego obejmującego odwołanie i opłacenie wpisu. Brak przesłanki formalnej uniemożliwia merytoryczne rozpoznanie środka odwoławczego (por. art. 187 ust. 4 ustawy Pzp).

W niniejszej sprawie brak było podstaw do odrzucenia skargi, gdyż nie zaistniały przesłanki formalne uniemożliwiające merytoryczne rozpoznanie środka odwoławczego (skargi).

Podkreślenia wymaga, że warunkiem *sine qua non* przy wnoszeniu środków ochrony prawnej jest zaistnienie trzech okoliczności:

a/ powstanie uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia podmiotu legitymowanego lub możliwość powstania uszczerbku w tym interesie

b/ naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych

c/ zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy wskazanym powyżej uszczerbkiem w interesie prawnym wykonawcy (lub możliwością takiego uszczerbku) a naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wskazane przesłanki powinny być wypełnione łącznie przez podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej przewidzianych w dziale VI ustawy na każdym etapie korzystania z tych środków - tak na etapie protestu, jak i skargi. Oznacza to, że nie odniesie oczekiwanego skutku środek odwoławczy wobec czynności zamawiającego, która wprawdzie narusza interes prawny wykonawcy, ale została dokonana zgodnie z prawem, tak samo jak bezskuteczne będzie zaskarżanie niezgodnej z ustawą czynności zamawiającego, która nie narusza interesu prawnego wykonawcy.

Istnienie interesu prawnego jest, jak już wyżej wskazano, merytoryczną przesłanką środka odwoławczego, i zarówno Krajowa Izba Odwoławcza, jaki i Sąd mają obowiązek badania (przed rozpoznaniem odwołania, czy skargi), czy odwołujący/ skarżący wykazał zaistnienie tej ustawowej przesłanki na chwilę złożenia środka odwoławczego. W wypadku bowiem, gdy ocena ta jest negatywna, odwołanie czy skarga podlega oddaleniu.

Wskazać należy, iż ochronie podlega tylko interes prawny, nie zaś interes faktyczny. Interes prawny ma charakter obiektywny w tym sensie, że o jego istnieniu decydują pewne zasady, normy funkcjonujące w układzie odniesienia, w którym interes prawny ma być realizowany. Epitet "prawny" wskazuje sferę prawa jako płaszczyznę odniesienia, do której interes będzie odniesiony. "Prawny" oznacza, że dany interes musi mieć podstawę w normie prawnej, czyli, inaczej mówiąc, korzyść, jaką zamierza się osiągnąć, musi mieć podstawę w prawie. Dlatego też ocena, czy w danym przypadku istnieje interes prawny, powinna być dokonywana wyłącznie na podstawie norm prawnych. Jest to ocena obiektywna wyłączając ocenę opartą na subiektywnym odczuciu podmiotu, który na interes się powołuje. Podsumowując, można przyjąć, że interes prawny to tyle, co interes obiektywny, tj. interes rzeczywiście istniejący w świetle obowiązujących norm, usprawiedliwiony, uzasadniony i słuszny, a nie wyłącznie dotyczący określonej sfery prawnej i wynikający z subiektywnego zapatrywania. Na gruncie prawa zamówień publicznych ustawodawca bezpośrednio wskazał, jaki przejaw interesu prawnego podmiotu legitymowanego podlega ochronie - chodzi o interes wyrażający się w możliwości uzyskania zamówienia.

(por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Komentarz do art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III).

Interes prawny w uzyskaniu zamówienia musi odnosić się do postępowania, w którym składany jest środek odwoławczy. Jak wskazywał zespół arbitrów w wyroku z dnia 31 maja 2004 r., UZP/ZO/O-760/04 (niepubl.): *"Przyjęcie, że unieważnienie przetargu dałoby Odwołującemu szansę uczestniczenia i wygrania nowego przetargu nie można uznać jako udowodnienie interesu prawnego."*

Interes prawny powinien dotyczyć tego postępowania przetargowego, którego dotyczy środki odwoławcze. Nie można zatem powoływać się na przyszły, ewentualny i hipotetyczny interes prawny". Ponadto dla przykładu, Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r., V Ca 165/03 (niepubl.) wyraźnie wskazywał, iż *"interes prawny skarżącego musi doznać uszczerbku w konkretnym przetargu, w którym on uczestniczy i musi polegać na tym, że traci on możliwość jego wygrania"*.

Dokonując oceny interesu prawnego skarżącego, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że skarżący takiego interesu nie ma. Skoro bowiem nie złożył on oferty w terminie przewidzianym w SIWZ, tj. do dnia 24 lutego 2009 r., co przyznał w skardze i potwierdził na rozprawie przed Sądem w dniu 22 kwietnia 2009 r., to w sytuacji gdy zamawiający nie był zobowiązany do zawieszenia postępowania, to zasadnym i uprawnionym jest wniosek, że skarżący nie ma już możliwości uczestniczenia w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Sądu interes prawny wykonawcy (czy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego), którego dalszy udział w postępowaniu nie jest możliwy z tego powodu, że w wyznaczonym terminie nie złożył oferty, nie może być wykazany tym, że działanie zamawiającego uniemożliwiło złożenie oferty. Skarżący nie może mieć interesu prawnego w unieważnieniu przetargu polegającego na tym, że w ewentualnym nowym przetargu (w przyszłości) mógłby uczestniczyć i wygrać ten przetarg. Interes prawny skarżącego musi dotyczyć tego postępowania przetargowego, do którego zgłoszono środki odwoławcze. Inaczej mówiąc - decydującą dla ustalenia interesu prawnego jest kwestia możliwości uzyskania danego konkretnego zamówienia. Z uwagi na to, że skarżący nie złożył oferty, która mogłaby być poddana ocenie i badaniu utracił, zdaniem Sądu Okręgowego, możliwość uzyskania zamówienia i przestał być uczestnikiem postępowania przetargowego, (por. też wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 823/08, wyrok SO w Warszawie z dnia 21 lutego 2005 r., sygn. akt V Ca 3072/04 i z dnia 16 sierpnia 2004 r., V Ca 1567/04, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 23 czerwca 2005 r., UZP/ZP/0-1464/05). Dodać trzeba, że domaganie się przez skarżącego nakazania zamawiającemu unieważnienia postępowania w istocie zmierza do stworzenia w przyszłości możliwości ponownego uczestnictwa w nowym przetargu, jednakże nie może być, zdaniem Sądu Okręgowego, uznane za udowodnienie interesu prawnego. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego byłoby równoznaczne ze stwierdzeniem, że postępowanie utraciło swój byt. Natomiast nie ma żadnej pewności, że po unieważnieniu przetargu zamawiający ogłosi ponownie przetarg, a skarżący złoży nową ofertę i wygra ten przetarg.

Nie można również wywodzić w niniejszej sprawie istnienia interesu prawnego po stronie skarżącego bezpośrednio w oparciu o przepisy dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. koordynującej przepisy i regulacje administracyjne dotyczące stosowania procedur odwoławczych w udzielaniu zamówień publicznych (Dz. Urz. WE L 395 z 30 grudnia 1989 r.). Stosownie do postanowień 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"*. Przesłanką do wniesienia odwołania może być naruszenie w trakcie postępowania przez zamawiającego właściwych uregulowań prawa wspólnotowego (bądź też krajowych przepisów implementacyjnych), w rezultacie którego podmiot skarżący doznał lub zagraża mu doznanie uszczerbku. Zauważyć trzeba, że zarówno ustawa Prawo zamówień publicznych w art.

179 ust. 1, jak i w/cyt dyrektywy wskazują na konieczność istnienia po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia publicznego oraz kumulatywnie musi istnieć uszczerbek lub zachodzić niebezpieczeństwo jego powstania w majątku odwołującego.

Zwrócić należy uwagę, że stosownie do art. 249 TWE akapit 3: *„Dyrektywa wiąże każde Państwo Członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków"*. Dyrektywy różnią się od rozporządzeń. Są one adresowane do państw członkowskich, nie są natomiast adresowane do innych podmiotów prawa; nie mogą być bezpośrednim źródłem uprawnień jednostek lub ich obowiązków. Jak wynika z przytoczonego wyżej fragmentu art. 249 TWE dyrektywy z założenia nie normują w sposób pełny zagadnień będących ich przedmiotem i wymagają uściślenia lub uzupełnienia przez państwa członkowskie. Dokładniej rzecz biorąc normy dyrektywy wymagają wprowadzenia (implementowania) do prawa krajowego. Implementowanie dyrektywy polega

zasadniczo na wydaniu aktu prawnego (np. ustawy lub innego aktu prawnego powszechnie obowiązującego) przez właściwy organ państwa członkowskiego, który wprowadzi normy zawarte w dyrektywie do porządku prawnego w tym państwie. O pełnej implementacji dyrektywy można mówić wtedy, gdy normy prawa krajowego stwarzają podstawy dla kompetencji organów państwowych, a także określają uprawnienia lub obowiązki podmiotów prawa, niezbędne do osiągnięcia celów, przewidzianych w dyrektywie (por. St. Biernat [w:] *Prawo Unii Europejskiej, Zagadnienia systemowe pod red. Jana Barcza, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, wydanie drugie, str. 190- 191*). Jak już wyżej wskazano rozwiązania przyjęte w dziale VI ustawy Pzp wpisują się w jeden z modeli systemu środków ochrony prawnej przysługujących uczestnikom procedur zamówień publicznych, dopuszczalnych w świetle w/wym dyrektyw Unii Europejskiej. W ocenie Sądu Okręgowego brak jest natomiast podstaw do przyjęcia odmiennej interpretacji pojęcia „interesu prawnego” na tle w/wm dyrektyw niż w prawie polskim.

Mając powyższe na względzie i uznając, że skarżący nie wykazał zaistnienia interesu prawnego przy wnoszeniu środka ochrony prawnej w postaci skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, Sąd Okręgowy na mocy art. 198 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. (tj. Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655, ze zm.) orzekł jak w punkcie 1 (pierwszym) sentencji wyroku.

W związku z uznaniem, że skarżący nie ma interesu prawnego we wniesieniu skargi, Sąd Okręgowy nie brał pod uwagę zarzutów skargi, które były przedmiotem protestu, jak również wniosku skarżącego o wystąpienie do Trybunału Sprawiedliwości na podstawie art. 234 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską o dokonanie wykładni postanowień dyrektywy 2004/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie przyrządów pomiarowych (Dz. U. UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r.) - vide: str. 2 skargi, gdyż w takiej sytuacji pozostają one bez wpływu na wynik postępowania.

Na marginesie jedynie trzeba dodać, że zgodnie z art. 198 ust. 4 ustawy Pzp Sąd może orzekać wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w proteście. Sąd nie może zatem wziąć pod uwagę zarzutów, które pojawiły się w skardze. Należy jednak odróżniać zarzuty podniesione w proteście, którymi może być np. zarzut naruszenia prawa materialnego, od wniosku skargi o zmianę zaskarżonego orzeczenia i wydanie orzeczenia co do istoty sprawy. Dlatego też, wbrew odmiennym twierdzeniom zamawiającego zawartym w odpowiedzi na skargę, żądanie skarżącego dot. unieważnienia postępowania nie musiało być poprzedzone tożsamym wnioskiem zawartym w proteście.

O kosztach postępowania odwoławczego Sąd Okręgowy orzekł jak w punkcie 2 (drugim) sentencji na podstawie art. 198 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 i 2, § 11 ust. 1 pkt 4 oraz § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. z 2002r., Nr 163, poz. 1348).

■ ■ < - = ' - ' -

SEKRETARZ

. S^do^Oltfep^wego w Gdańsku

; • atzbjeta Rochowicz