

**WYROK
W IMIENIU
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 3 grudnia 2009 r.

Sąd Okręgowy w Poznaniu Wydział X Gospodarczy Odwoławczy

w następującym składzie:

Przewodniczący: SSO Piotr Majchrzak

Sędziowie: SSO Jolanta Wątrowska

SSO Ryszard Trzebny

Protokolant: st. sekr. sąd. Mirosława Klimowicz

po rozpoznaniu w dniu 19 listopada 2009 r., w Poznaniu,
na rozprawie

sprawy ze skargi wniesionej przez Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ
spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2009 r., sygnatura akt KIO/UZP
1145/09

przy uczestnictwie zamawiającego Wielkopolskiej Spółki Gazownictwa spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Poznaniu i wykonawcy Apator Metrix S.A. w Tczewie
o zamówienie publiczne

I. oddała skargę,

II. zasądza od skarżącego na rzecz zamawiającego kwotę 1.200 zł tytułem kosztów
zastępstwa procesowego.

/-/ J. Wątrowska f . - i "4	; ' \ /-/ P. Maj chrzak Oryginał należyście podpisano Odpis sporządzono Poznań, dnia.....	/-/ R. Trzebny
---	--	----------------

UZASADNIENIE

Zamawiający - Wielkopolska Spółka Gazownictwa spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością w Poznaniu wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
w trybie przetargu ograniczonego na dostawę gazomierzy miechowych wraz z osprzętem. W
jego trakcie, dla zadania nr 3, swoją ofertę złożyli Apator Metrix S.A. w Tczewie, Itron

Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie oraz Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach.

Po analizie ofert i przyznaniu stosownej punktacji, jako najkorzystniejszą dla zadania nr 3 zamawiający wybrał ofertę Apator Metrix S.A. w Tczewie. Natomiast ofertę Itron Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie sklasyfikował na drugim miejscu, a ofertę Zakładu Wytwórczego Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach na miejscu trzecim.

Od podjętej przez zamawiającego w powyższym przedmiocie czynności Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach pismem z 23 lipca 2009 r. wniósł protest zarzucając zamawiającemu, iż dokonał oceny i przyznał punkty w zadaniu nr 3 ofercie złożonej przez Apator Metrix S.A. w Tczewie, która nie spełniała wymagań zawartych w „Kryterium oceny ofert” specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazując na powyższe domagał się dokonania przez zamawiającego powtórnej oceny oferty Apator Metrix S.A. w Tczewie według wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W dniu 31 lipca 2009 r. zamawiający oddalił wniesiony przez Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach protest stwierdzając, że nie posiadał on interesu prawnego we wniesieniu protestu. Mianowicie zauważył, iż interes prawny Zakładu Wytwórczego Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach w sytuacji sklasyfikowania jego oferty na trzecim miejscu nie może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, albowiem nawet w przypadku uwzględnienia protestu i odrzucenia oferty Apator Metrix S.A. w Tczewie, oferta Zakładu Wytwórczego Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach nie zostałaby wybrana, jako najkorzystniejsza oferta dla zadania nr 3.

Od rozstrzygnięcia protestu Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach pismem z 7 sierpnia 2009 r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W jego uzasadnieniu, odnosząc się do stanowiska zamawiającego odnośnie braku interesu Zakładu Wytwórczego Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach we wniesieniu protestu wskazał, że sam fakt przystąpienia do przetargu jest oświadczeniem woli, iż oferent ma prawny interes wynikający z uczestnictwa w przetargu oraz, że jego celem i interesem prawnym było, i jest pozyskiwanie zamówień wszędzie tam, gdzie jego oferta jest najkorzystniejsza. Jednocześnie podał, iż gdyby oferty zostały ocenione zgodnie z kryteriami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to w zadaniu nr 3 zająłby drugie miejsce oraz, że w związku z tym, iż wykonawca wybrany dla zadania nr 1 i 2, czyli Itron Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie wycofał się z realizacji zadania nr 1 można domniemywać, że zrezygnuje on również z zadania nr 3 z uwagi na ograniczone możliwości realizacji dostaw, co spowoduje, iż najkorzystniejszą ofertą w zadaniu nr 3 okaże się oferta Zakładu Wytwórczego Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach. Ponadto niezależnie od powyższego podtrzymał w całej rozciągłości zarzuty zgłoszone w proteście w przedmiocie dokonania przez zamawiającego oceny i przyznania punktów w zadaniu nr 3 ofercie złożonej przez Apator Metrix S.A. w Tczewie, która nie spełniała wymagań zawartych w „Kryterium oceny ofert” specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie wskazując po raz kolejny na brak interesu prawnego Zakładu Wytwórczego Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach we wniesieniu odwołania.

Przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego Apator Metrix S.A. w Tczewie również wniósł o oddalenie odwołania Zakładu Wytwórczego Urządzeń

Gazowniczych INTERGAZ spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach stwierdzając, że złożona przez niego oferta spełnia wymogi postawione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto, podobnie jak zamawiający wskazał, iż Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach nie wykazał interesu prawnego we wniesieniu protestu i odwołania.

Wyrokiem z 23 września 2009 r., wydanym w sprawie o sygnaturze akt KIO/UZP 1145/09, Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Zakładu Wytwórczego Urządzeń

Gazowniczych INTERGAZ spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach oraz obciążyła Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach kosztami postępowania i nakazała:

1. zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.462 zł z kwoty wpisu uiszczonego przez Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach,
2. dokonać zwrotu kwoty 10.538 zł z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Zakładu Wytwórczego Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach,

W uzasadnieniu powyższego, oceniając zagadnienie interesu prawnego odwołującego - Zakładu Wytwórczego Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach we wnoszeniu protestu i odwołania w niniejszym postępowaniu wskazała na art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podając, że zgodnie z tym unormowaniem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Jednocześnie podała, iż podziela pogląd według którego interes prawny wnoszącego środek odwoławczy ocenia się w konkretnym postępowaniu, w którym jest ten podmiot uczestnikiem i, że polega on na tym, iż traci się możliwość uznania oferty za najkorzystniejszą. Ponadto zaznaczyła, że w przedmiotowej sprawie odwołujący kwestionował prawidłowość oceny oferty najkorzystniejszej, za jaką została uznana oferta złożona przez przystępującego - Apator Metrix S.A. w Tczewie wywodząc, iż przy dokonaniu zgodnej z kryteriami oceny opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oceny ofert w zadaniu nr 3 oferta odwołującego zajęłaby drugie miejsce. Poza tym wskazała, że odwołujący podjął również próbę uprawdopodobnienia interesu prawnego podając, iż wybrany w wyniku ponownej oceny ofert odmówił podpisania umowy. Mając zatem powyższe na uwadze zaznaczyła, że ta ostatnia hipotetyczna okoliczność faktyczna nie została przez odwołującego uzasadniona. Tym niemniej jednak zauważyła, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych dają normatywną podstawę do przyjęcia, że oferta usytuowana na drugim miejscu w rankingu ofert może być uznana za najkorzystniejszą bez dokonywania kolejnej oceny ofert, albowiem zgodnie z art. 94 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych najkorzystniejszą ofertą staje kolejna oferta, jeżeli wybrany wykonawca uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy. Stąd też biorąc pod uwagę powyższy przepis uznała, iż odwołujący posiadał interes prawny we wnoszeniu środków odwoławczych w celu doprowadzenia do uzyskania drugiej pozycji w rankingu ofert. Odnosząc się z kolei do kolejnych zarzutów odwołania zaznaczyła, że niesporne w sprawie było, iż przedmiotem oferty złożonej przez przystępującego były gazomierze 6G4L o numerze znaku typu DE - 08 - MI002 - PTB003 według certyfikatu badania typu WE. Jednocześnie podkreśliła, że według treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - pkt 3.3.6 wykonawca zobowiązany był przedstawić dla zadania nr 3 wyniki badań gazomierzy odnośnie trwałości według punktu 7.1.2 normy PN - EN 1359:2004 ze zmianami PN - EN 1359:2004/A1:2006(U). Ponadto podała, iż przedstawione w ofercie wyniki badań nr 16/GM/2004 dla gazomierzy typ 6G4, 6G4N dla znaku typu RPT 9525 oraz gazomierzy typ 6G4L dla znaku typu RPT 9525 i D03/7.122.58. były badaniami odnoszącymi się do gazomierza 6G4L pomimo tego, że nie odwoływały się one do tego typu gazomierza o znaku typu DE - 08 - MI002 - PTB003. Poza tym wskazała, iż również wyniki badań, co do błędów wskazań gazomierza w deklarowanym zakresie temperatury otoczenia i gazu - pkt 7.1.3 wyżej oznaczonej normy dotyczyły gazomierza typu 6G4L, i to również mimo tego, że nie wskazywały one znaku typu, tj. DE - 08 - MI002 - PTB003. Jednocześnie mając

powyższe na uwadze uznała za istotne dwie okoliczności. Mianowicie podała, iż pierwszą z nich był fakt, że w postanowieniach pkt 3.3.6. i 3.3.8. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagano przedstawienia wyników badań dla danego typu gazomierza oraz, iż badania takie zostały wykazane dla typu, tj. 6G4L i, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia uznano, iż uzasadnione jest dodatkowe dookreślenie typu oferowanego gazomierza w kontekście przedłożonych wyników badań. Ponadto biorąc powyższe pod uwagę zaznaczyła, że nieudowodnionym było twierdzenie odwołującego, iż przedstawione w ofercie wyniki badań gazomierzy nie mogły być odnoszone do oferowanego gazomierza na tej podstawie, że wskazywały jeden ze znaków typu, albowiem ze złożonego przez zamawiającego dowodu w postaci pisma Instytutu Nafty i Gazu Zn. DK - 5100 - 783/09 z dnia 17 września 2009 r. wynikało, iż orzeczenia zawarte w sprawozdaniach (wynikach badań) złożonych przez przystępującego wraz z ofertą dotyczyły gazomierzy miechowych typu 6G4L objętych certyfikatem badania typu WE o numerze DE - 08 - MI002 - PTB003 i, że są to gazomierze jednorodnie metrologicznie. Niezależnie od powyższego za wykazane wyżej wymienionym dowodem Krajowa Izba Odwoławcza uznała również, iż zaoferowane przez przystępującego gazomierze spełniały wymagany w pkt 3.1.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunek odporności na wysoką temperaturę otoczenia z możliwością ich oznaczania symbolem „T”. Mianowicie w tym przedmiocie podała, że potwierdzeniem tego faktu była informacja zawarta w sprawozdaniach z badań nr 3/GM/2003 i 4/GM/2003

Instytutu Górnictwa Naftowego i Gazownictwa oraz treść zawarta w certyfikacie badania z dnia 16 lipca 2008 r., złożonego z ofertą przez przystępującego, z których wynikało, iż liczniki są odporne na wysoką temperaturę, jeśli ciśnienie robocze wynosi maksymalnie 0,1 bar, co oznaczało odporność na wysoką temperaturę otoczenia. Reasumując wskazała, że dokonane w sprawie ustalenia uzasadniały przyjęcie, iż oferta przystępującego spełniała oczekiwane parametry i, że w konsekwencji przyznanie ofercie przystępującego punktacji w kwestionowanych przez odwołującego wskaźnikach cząstkowych wchodzących w skład oceny technicznej stanowiącej drugie, obok ceny kryterium oceny ofert było uzasadnione. Stąd też złożone przez Zakład Wytwórczy Urzędzeń Gazowniczych INTERGAZ spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tamowskich Górach odwołanie oddalił. O kosztach postępowania orzekł zaś na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 12 października 2009 r. do Sądu Okręgowego w Poznaniu wpłynęła wniesiona przez Zakład Wytwórczy Urzędzeń Gazowniczych INTERGAZ spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tamowskich Górach za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych skarga na wyrok z 23 września 2006 r., wydany w sprawie o sygnaturze akt KIO/UZP 1145/09. Rozstrzygnięciu temu skarżący zarzucił:

1. naruszenie przepisów prawa poprzez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w szczególności art. 26 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez przyjęcie, iż zamawiający dokonał błędnej oceny oferty w zadaniu nr 3 złożonej przez Apator Metrix S.A., która to oferta nie spełnia wymagań zawartych w „Kryterium oceny ofert” specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem zamawiający nie powinien przydzielić dla uczestnika postępowania punktów przy dokonywaniu oceny jego oferty,
2. sprzeczność istotnych ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez przyjęcie, że gazomierze typu 6G4L oferowane przez uczestnika postępowania w zadaniu nr 3 o numerze certyfikatu badania typu WE DE - 08 - MI002 - PTB003, bez przedłożenia w ofercie wymaganych wyników badań, są jednorodnie metrologicznie z gazomierzami 6G4L o znaku typu RP T 95 25 oraz D 03.7.122.58, dla których dołączono do oferty wyniki badań.

Wskazując na powyższe domagał się zmiany zaskarżonego wyroku w całości i dokonania ponownej oceny oferty złożonej przez Apator Metrix S.A. oraz zasądzenia od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych. Jednocześnie z ostrożności procesowej wystąpił z wnioskiem o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia, czy badania przeprowadzone dla gazomierza typu 6G4L o numerze znaku zatwierdzenia typu RP T 95 25 i D 03.7.122.58 można uznać dla gazomierza 6G4L o numerze certyfikatu badania typu WE DE08 -

MI002003 bez wykonywania badań dla tego gazomierza.

W uzasadnieniu powyższego wskazał, iż są dwie cechy identyfikujące gazomierz, a mianowicie, że pierwsza z nich to wielkość gazomierza określana popularnie jako typ gazomierza (oznaczenie fabryczne), która jest różna dla różnych producentów, którzy mogą stosować różne oznaczenia tego samego typu gazomierza np. 6G4L, 6G4N, a druga to niepowtarzalny znak zatwierdzenia typu przypisany do konkretnego gazomierza, np. RP T 95 25, D 03.7.122.58, bądź też numer certyfikatu badania typu, np. DE - 08 - MI002 - PTB - 003. Ponadto podał, iż znak ten nadawany jest przez jednostkę notyfikowaną w oparciu o obowiązujące przepisy oraz, że znak zatwierdzenia typu lub numer certyfikatu badania typu w sposób jednoznaczny i niepowtarzalny identyfikuje gazomierz, a w przypadku przetargu jest to oferowany przedmiot zamówienia. Jednocześnie zaznaczył, iż fakt ten ma o tyle istotne (fundamentalne) dla sprawy znaczenie, gdyż wszystkie wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumenty muszą odwoływać się do gazomierza o tym konkretnym zadeklarowanym numerze certyfikatu badania typu, w niniejszym przypadku DE - 08 - MI002 - PTB003, albowiem tylko taki sposób identyfikacji i opisu przedmiotu zamówienia jest zgodny z obowiązującym stanem prawnym i wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Poza tym podkreślił, że w postępowaniu przetargowym zamawiający postawił w pkt 3.3.6 i 3.3.8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymóg przedłożenia wyników badań dla gazomierzy będących przedmiotem oferty, wykonanych przez jedną osobę do tego uprawnioną oraz, iż spełnienie tego wymogu było punktowane według przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny. Nadto zaznaczył, że Apator Metrix przedstawił co prawda badania, ale odnoszące się do gazomierzy o znaku typu RPT 9525 i D03.7.122.58, tj. gazomierzy dopuszczonych do obrotu na innych podstawach niż gazomierze zadeklarowane w ofercie, iż nie przedstawił też stosownego aneksu, że załączone przez niego badania mogą odnosić się do gazomierzy o numerach certyfikatu badania typu WE DE - 08 - MI002 - PTB003 oraz, iż oznaczało to, że w złożonej ofercie brak było badań odnoszących się do przedmiotu oferty, tj. gazomierzy o certyfikacie badania typu WE DE - 08 - MI002 - PTB003, a tym samym, iż zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia brak było podstaw prawnych do przyznania tej ofercie punktów. Jednocześnie podał, że w trakcie trwania postępowania przetargowego Apator Metrix zorientował się, iż jego oferta jest niekompletna z powodu braku wyżej wymienionego aneksu, co skutkowało nieprzyznaniem punktów oraz, że dlatego też już po terminie złożenia ofert, tj. 29 lipca 2009r. uzyskał stosowne aneksy do wymaganych badań wydane przez Instytut Nafty i Gazu w Krakowie. Ponadto wskazał, iż w związku z tym, że aneksy te nie były częścią złożonej oferty, to zgodnie z art. 87 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i zapisami w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mogły być przedmiotem oceny oferty oraz, iż gdyby taki aneks nie był potrzebny, to firma Apator Metrix nie ubiegałaby się o jego wydanie. Poza tym zaznaczył, że aneks ten był przedstawiony na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2009 r., iż nie został uwzględniony przez Izbę, jako dowód w sprawie, że w trakcie posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej, jako dowód w sprawie, została przedłożona opinia Instytutu Nafty i Gazu w Krakowie, iż pomimo tego Izba nie odniosła się do istotnych argumentów i wyjaśnień zawartych w powyższej opinii, a potwierdzających w sposób jednoznaczny i autorytatywny przedstawiane przez skarżącego racje i podane argumenty, co do tego, że jedynym dokumentem przypisującym badania do gazomierza o konkretnym znaku badania typu jest aneks i tylko aneks wydany przez Instytut Nafty i Gazu w Krakowie oraz, iż w związku z powyższym punkty przyznane Apator Metrix dla zadania nr 3 według punktu 3.3.6 i 3.3.8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia były przyznane nieprawidłowo. Skarżący zaznaczył również, że nie może zgodzić się z ustaleniami Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie uznania certyfikatu uprawniającego uczestnika postępowania Apator Metrix do oznaczenia gazomierzy symbolem „T” - odporności wysokotemperaturowej. Mianowicie w tym przedmiocie podał, iż certyfikat, który spełnia wymagania wysokotemperaturowe i uprawnia do oznaczenia gazomierza znakiem „T” musi być poparty przeprowadzonymi badaniami, wykonywanymi w Instytucie Nafty i Gazu w Krakowie, zgodnie z kryteriami technicznymi Instytutu, że badania takie przeprowadza się dla temperatury 650°C i przy stałym ciśnieniu wynoszącym 10 kPa oraz, iż pozytywny wynik tych badań jest podstawą do wydania przez Instytut Certyfikatu „B” dla max ciśnienia roboczego gazomierzy wynoszącego 10 kPa i oznakowania gazomierzy symbolem „T”. Jednocześnie wskazał, że przedstawiony przez Apator Metrix w ofercie Certyfikat „B” nr 24/06 dla gazomierzy 6G4L wystawiono dla max ciśnienia roboczego 50 kPa, dla którego to

ciśnienia, zgodnie z kryteriami technicznymi Instytutu Nafty i Gazu i normą EN 1359 nie przeprowadza się badań wysokotemperaturowych oraz, iż w takiej sytuacji posługiwanie się Certyfikatem nr 24/06 dla max ciśnienia $P_{max} = 50 \text{ kPa}$ i znakowanie gazomierza symbolem „T” jest niezgodne z wymaganiami stawianymi gazomierzom odpornym na działanie wysokich temperatur. Stąd też zaznaczył, że wobec powyższego należy uznać, iż w ofercie złożonej przez Apator Metrix brak było Certyfikatu potwierdzającego odporność gazomierzy na wysoką temperaturę (650°C) dla wartości max ciśnienia roboczego 10 kPa , uprawniającego do oznaczenia gazomierzy symbolem „T”. Ponadto podniósł, że w odróżnieniu od Apator Metrix wszyscy pozostali oferenci przedstawili prawidłowe w tym zakresie certyfikaty, uprawniające do oznaczania gazomierzy symbolem „T” i „ $P_{max} = 10 \text{ kPa}$ ”, co było spełnieniem warunku zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Reasumując podał, iż wobec powyższego orzeczenie Krajowej Komisji Odwoławczej z dnia 23 września 2009 r. jako wadliwe i sprzeczne z przepisami prawa nie powinno się ostać.

Zamawiający w odpowiedzi na skargę wniósł o jej oddalenie oraz zasądzenie kosztów postępowania sądowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu powyższego po raz kolejny podniósł zarzut braku interesu prawnego skarżącego we wniesieniu skargi, a nadto wskazał, że w związku z tym, iż oferta złożona przez Apator Metrix S.A. w Tczewie spełniała warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia brak było podstaw do dokonania innej niż dokonana oceny. Jednocześnie podniósł, że zawarta z Apator Metrix S.A. w Tczewie umowa została już istotnej części wykonana.

Na rozprawie w dniu 19 listopada 2009 r. skarżący i wykonawca podtrzymali w całej rozciągłości dotychczas zaprezentowane w sprawie stanowiska.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skargę Zakładu Wytwórczego Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tamowskich Górach należało uznać za nieuzasadnioną a to z uwagi na brak wykazania przez skarżącego spełnienia materialnoprawnej przesłanki zasadności wniesionego środka ochrony prawnej, tj. doznania lub możliwości doznania na skutek czynności zamawiającego uszczerbku w interesie prawnym, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.).

Nie ulega wątpliwości, iż funkcją środków ochrony prawnej z prawa zamówień publicznych jest przyznanie ubiegającym się o udzielenie zamówienia wykonawcom instrumentów ochrony prawnej, broniących ich przed niezgodnymi z prawem działaniami zamawiającego. Mianowicie środki te mają stanowić zasadniczy instrument kontroli prawidłowości działań zamawiającego, pozwalający skorygować błędy proceduralne jeszcze w trakcie postępowania, a nie dopiero w pewien czas po udzieleniu zamówienia. Wszelkie, przewidziane ustawą środki ochrony prawnej, posiadając zasadniczo ten sam cel, czyli zapewnienie prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia oraz wybór oferty rzeczywiście najkorzystniejszej, wymagają dla swej realizacji ziszczenia się pewnych podstawowych przesłanek warunkujących możliwość korzystania z nich w toku postępowania. Przesłanki te mają charakter przesłanek materialnoprawnych, tj. przesłanek zasadności wnoszonego środka, których zaistnienie w określonej sprawie nie wpływa na możliwość wszczęcia procedur odwoławczych, lecz warunkuje uwzględnienie wniesionego środka. Okoliczności uzasadniające poszukiwanie ochrony prawnej w drodze środków odwoławczych wskazuje wyżej powołany art. 179 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Otóż art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych uzależnia możliwość skutecznego wnoszenia środków odwoławczych od jednoczesnego, czyli łącznego zaistnienia trzech przesłanek, tj. naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, powstania uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia podmiotu legitymowanego lub możliwość powstania uszczerbku w tym interesie oraz zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy wskazanym powyżej uszczerbkiem w interesie prawnym wykonawcy lub

możliwością powstania takiego uszczerbku, a naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. Stąd też środek odwoławczy wobec czynności zamawiającego, która wprawdzie narusza interes prawny wykonawcy, ale została dokonana zgodnie z prawem nie odniesienie oczekiwanego przez skarżącego skutku. Tak samo bezskuteczne będzie zaskarżanie niezgodnej z ustawą czynności zamawiającego, która nie narusza interesu prawnego wykonawcy - np. złożenie protestu na wybór oferty najkorzystniejszej przez wykonawcę, który pomimo uwzględnienia takiego protestu nie wygrałby postępowania - vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Zamówień Publicznych z dnia 24 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 461/09, LEX nr 497494.

Interes prawny, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Mianowicie wskazuje sferę prawa, jako płaszczyznę odniesienia, do której interes będzie odniesiony. Oznacza to, iż dany interes, czyli korzyść, jaką zamierza się osiągnąć musi mieć podstawę w normie prawnej. Dlatego też ocena, czy w danym przypadku istnieje interes prawny, powinna być dokonywana wyłącznie na podstawie norm prawnych. Jest to ocena obiektywna wyłączająca ocenę opartą na subiektywnym odczuciu podmiotu, który na interes się powołuje. Stąd też można przyjąć, że interes prawny to tyle, co interes obiektywny, tj. interes rzeczywiście istniejący w świetle obowiązujących norm, usprawiedliwiony, uzasadniony i słuszny, a nie dotyczący wyłącznie określonej sfery prawnej i wynikający z subiektywnego zapatrywania - vide: T. Rowiński, *Interes prawny w procesie cywilnym i postępowaniu nieprocesowym*, Warszawa 1971, s. 20. W ustawie Prawo zamówień publicznych ustawodawca bezpośrednio wskazał, jaki przejaw interesu prawnego podmiotu legitymowanego podlega ochronie. Mianowicie wyraźnie zaznaczył, iż chodzi o interes wyrażający się w możliwości uzyskania zamówienia.

Zarówno w orzecznictwie arbitrażowym, jak i powszechnym rozpoznającym skargi na orzeczenia organu odwoławczego, tj. Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych utrwalony wydaje się być pogląd, według którego interes prawny wnoszącego środek odwoławczy lub skargę do sądu istnieje wtedy, gdy doznaje on lub może doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy i polega na tym, że traci on możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą. Tym niemniej jednak nie sposób nie zauważyć, iż obecnie, w szczególności w literaturze przedmiotu oraz w orzecznictwie tradycyjne podejście do kwestii istnienia interesu prawnego i zaistnienia w nim uszczerbku jest w coraz większym stopniu kwestionowany, a to pod wpływem prawa wspólnotowego i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, w którym dopuszcza się uwzględnienie interesu prawnego w szerszym znaczeniu tego pojęcia, według którego interes prawny należy rozumieć szerzej, jako interes wyrażający się w możliwości zyskania zamówienia nie tylko w konkretnym postępowaniu. Mianowicie zgodnie z treścią Dyrektyw środki odwoławcze powinny przysługiwać każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. Stosownie do tych poglądów interes prawny przysługiwałby również co najmniej wykonawcom skutecznie wykluczonym, wykonawcom, których oferty zostały skutecznie odrzucone oraz wykonawcom, którzy posiadając interes w uzyskaniu zamówienia nie mogli w nim uczestniczyć wskutek nieprawidłowości w działaniach zamawiającego. W świetle innego, jeszcze dalej idącego stanowiska jedyną przesłanką dla uzyskania legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej w stosunku od wykonawców i uczestników konkursu miałyby być naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, a tylko w odniesieniu do innych podmiotów konieczne byłoby wykazanie istnienia interesu prawnego - vide: A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, „Analiza wyroków sądów okręgowych oraz orzeczeń Zespołu Arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2006, s. 14 - 15 i powołana tam literatura. Jakkolwiek w nowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pojawiają się rozstrzygnięcia, w których Krajowa Izba Odwoławcza akceptuje owo szersze podejście do zagadnienia interesu prawnego, to jednak nie wydaje się by w jego ramach zyskiwało akceptację ostatnie z przywołanych wyżej stanowisk eliminujące w ogóle konieczność wykazywania interesu prawnego odwołującego. W wyroku z dnia 9 stycznia 2009 r., KIO/UZP 1493/08, LEX nr 486596 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła wprawdzie, że interes prawny może być rozumiany, bądź jako możliwość uznania oferty złożonej przez

wykonawcę za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego (interes prawny sensu stricto) lub mieć swe uzasadnienie we wnoszeniu środków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia prowadzącym do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny sensu largo). Tym niemniej jednak jednocześnie podkreśliła, iż dla uznania istnienia interesu prawnego po stronie odwołującego, wykonawca ma obowiązek wykazać naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, związek przyczynowy pomiędzy wskazanym naruszeniem przepisów, a doznanym uszczerbku lub możliwością jego doznania, oraz nadto udowodnić, a nie tylko uprawdopodobnić istnienie interesu prawnego. Takie, jak opisane wyżej stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zajęła również w wyroku z dnia 16 kwietnia 2008 r., KIO/UZP 296/08, KIO/UZP 303/08, LEX nr 409587. Zaprezentowany przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyżej powołanych orzeczeniach pogląd odnośnie szerszego podejścia do zagadnienia interesu prawnego nie jest jednak powszechny w orzecznictwie, w tym Krajowej Izby Odwoławczej, która także w nowszych rozstrzygnięciach często odwołuje się do wąskiego rozumienia interesu prawnego związanego z literalnym brzmieniem art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W wyroku z dnia 27 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 474/09, LEX nr 497534 Krajowa Izba Odwoławcza stanęła bowiem na stanowisku, że art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powinien być interpretować ściśle, w sposób wynikający z jego literalnego brzmienia, które nadał mu krajowy ustawodawca, albowiem jak wynika z zasady domniemania racjonalności ustawodawcy, wymagania dyrektyw wspólnotowych w tym zakresie zostały właściwie transponowane do polskiego porządku prawnego. Natomiast w innym orzeczeniu wskazała, iż interes prawny wykonawcy w zaskarżaniu czynności zamawiającego, bądź ich zaniechaniu, ograniczony jest do uszczerbku w interesie poszczególnego wykonawcy, a nie w interesie innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, bądź w interesie ogólnej normy obowiązku przestrzegania ustawy, albowiem przyjęcie odmiennego stanowiska, czyli aprobowanego stanu, w którym wykonawca, na każdym etapie i względem każdej czynności posiadałby ustawową legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej prowadziłoby do nadmiernego i bezpodstawnego wykorzystywania środków ochrony prawnej przez wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co w konsekwencji prowadzić mogłoby do stawiania zarzutów zamawiającemu bez względu na skutki, jakie te czynności mogą wywoływać - vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 461/09, LEX nr 497494.

Biorąc pod uwagę wyżej zaprezentowane stanowiska, pomimo akceptowania także szerszego podejścia do zagadnienia interesu prawnego należało jednak podzielić pogląd odnośnie wąskiego rozumienia pojęcia interes prawny. W ustawie Prawo zamówień publicznych, jak już wyżej zaznaczono, ustawodawca wskazał bowiem bezpośrednio, i to w wyraźny sposób jaki przejaw interesu prawnego podmiotu legitymowanego podlega ochronie. Mianowicie powołał się na interes prawny wyrażający się w możliwości uzyskania zamówienia podając, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Stąd też inne, rozszerzające rozumienie znaczenia tego pojęcia jest niedopuszczalne. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia przy tym fakt, iż od czasu wstąpienia Polski do struktur europejskich minęło już kilka lat, w trakcie których ustawa Prawo zamówień publicznych była kilkakrotnie nowelizowana. Jeżeli zatem ustawodawca uważałby, że brzmienie tej ustawy nie realizuje celów wyrażonych w Dyrektywach, to niewątpliwie, nowelizując ustawę Prawo zamówień publicznego dokonałby stosownych w jej treści zmian. Skoro przeto tego nie uczynił, to widocznie uznał, iż postanowienia powyższej ustawy w należyty sposób korelują z wymogami europejskimi stawianymi przez unijne ustawodawstwo w zakresie ochrony praw uczestników postępowań przetargów publicznych.

W tej sytuacji biorąc pod uwagę wyżej poczynione rozważania nie sposób było zaakceptować stanowiska Zakładu Wytwórczego Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tamowskich Górach odnośnie szerokiego rozumienia interesu prawnego we wnoszeniu przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych środków ochrony prawnej.

Niewątpliwym w niniejszej sprawie było, że oferta Zakładu Wytwórczego Urządzeń

Gazowniczych INTERGAZ spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach została sklasyfikowana na miejscu trzecim po ofercie Apator Metrix S.A. w Tczewie, którą sklasyfikowano na miejscu pierwszym i ofercie Itron Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, którą sklasyfikowano na miejscu drugim.

Krajowej Izby Odwoławczej Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach podważał jedynie poprawność oferty uznanej za najkorzystniejszą, czyli oferty złożonej przez Apator Metrix S.A. w Tczewie. Stąd też przy wzięciu powyższego pod uwagę nie mogło ulegać wątpliwości, że uwzględnienie złożonej przez Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach skargi nie doprowadziłoby do uznania oferty skarżącego za najkorzystniejszą. Oferta ta, nawet przy zaakceptowaniu stanowiska Zakładu Wytwórczego Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach i przyjęciu, iż ofertę Apator Metrix S.A. w Tczewie należałoby sklasyfikować na miejscu trzecim, zostałaby bowiem sklasyfikowana na miejscu drugim, po ofercie Itron Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, co oznaczałoby, że zajmując drugie miejsce Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach nie uzyskałby przedmiotowego zamówienia w ramach toczącego się postępowania. Skutek taki mógłby osiągnąć jedynie w przypadku skutecznego zgłoszenia zarzutów, co do wszystkich ofert, które zostały ocenione wyżej niż jego - vide: wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 8 października 2004 r., UZP/ZO/O - 1639/04, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 11 października 2004 r., UZP/ZO/O - 1654/04, czy S. Wikariak, Trzeci oferent odpada z gry, Rzeczpospolita z dnia 18 listopada 2004 r. Sytuacja taka w niniejszej sprawie nie miała jednak miejsca.

W tym stanie rzeczy nie mogło budzić wątpliwości, iż w niniejszej sprawie Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach nie posiadał interesu prawnego we wniesieniu skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, albowiem nie wykazał, że na skutek nieprawidłowości w działaniu zamawiającego nie może uzyskać zamówienia w zakresie zadania nr 3 - vide: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 marca 2005 r., wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 23 czerwca 2006 r.

Przeciwko powyższemu nie mogła przemawiać podniesiona przez Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach okoliczność odnosząca się do ewentualnej rezygnacji Itron Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie z realizacji zadania nr 3 w przypadku uznania oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą a to wobec sklasyfikowania oferty Apator Metrix S.A. w Tczewie na miejscu trzecim. Okoliczność ta stanowiła bowiem wyłącznie postawioną przez Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółkę z postawioną przez Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach hipotezę, która nie poddawała się jakiegokolwiek rzeczowej argumentacji. Tymczasem powszechnie przyjmuje się, iż interes prawny rozumiany musi być jako 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 - vide: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 maja 2008 r. Ponadto istnienie takiego interesu powinno być udowodnione, a nie tylko uprawdopodobnione - vide: wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 16 czerwca 2005 r.

W tym stanie rzeczy, mając na uwadze powyższe rozważania, skargę Zakładu Wytwórczego Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach, z uwagi na nieposiadanie przez tego wykonawcę interesu prawnego w jej wniesieniu należało na podstawie art. 198 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oddalić.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 kpc w związku z § 10 ust. 1 pkt 4 w związku z § 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163

poz. 1349 późn. zm).

I-I J. Waltrowska//, / " I-I P. Majchrzak I-I R. Trzebny
i-

\ Ś.

'/ Oryginał należy podpisać
Odpis sporządzono

F- 'o?nan, dnia... y.. s. >. ■ .wv.....

S&iuetař SO