

Gdańsk, dnia 25 września 2009r.

Uniwersytet Gdański
ul. Bażyńskiego 1 A
80-952 Gdańsk

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 90/A120/2009 w trybie przetargu nieograniczonego na: „Rozbudowę Budynku Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Gdańskiego w Sopocie: Centrum Komputerowe wraz z łącznikiem i windą dla osób niepełnosprawnych”.

Zamawiający, Uniwersytet Gdański informuje, iż na podstawie art 183 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, po rozpatrzeniu protestu Przedsiębiorstwa Robót Energetyczno-Budowlanych „BUDREM” Roman Rybak, ul. Krótka 1, 84-242 Luzino, złożonego w dniu 15 września 2009r., na czynność dokonaną przez Zamawiającego w toku w/w postępowania, polegającą na odrzuceniu oferty Protestującego i dokonaniu wyboru oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Montażowego i Rusztowaniowego „BUDROS” Sp. z o.o., ul. Kozińskiego 1, 80-156 Gdańsk, **oddala protest w całości.**

UZASADNIENIE

Pismem z dnia 14 września 2009r. Protestujący, Przedsiębiorstwo Robót Energetyczno-Budowlanych „BUDREM” Roman Rybak wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Protestującego i dokonaniu wyboru oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Montażowego i Rusztowaniowego „BUDROS” Sp. z o.o. Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego następujących przepisów ustawy: art 7, art 87 ust.2 pkt 3, art 89 ust.1 pkt 2 oraz art 183 ust.1. Jednocześnie Protestujący wniósł o unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty, unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty spółki Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe i Rusztowaniowe „BUDROS” Sp. z o.o, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Protestującego oraz dokonanie powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Protestującego.

Przedmiotowy protest nie zasługuje na uwzględnienie przede wszystkim z uwagi na brak interesu prawnego Protestującego w złożeniu środka ochrony prawnej.

Zgodnie z ogłoszeniem Zamawiającego o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 8 września 2009r. z postępowania wykluczono 3 oferty, w tym ofertę Protestującego. Jako podstawę do wykluczenia Protestującego Zamawiający podał art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy. W uzasadnieniu ogłoszenia Zamawiający powołał się na brak spełnienia przez Protestującego warunku posiadania zdolności kredytowej nie mniejszej niż 2 mln zł.

Z rzeczonego postępowania Protestujący został zatem wykluczony, natomiast skutkiem tegoż wykluczenia było uznanie oferty, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy, za odrzuconą. W przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania, jego oferta nie podlega ocenie przez Zamawiającego. Należy zatem odróżniać uprawnienie Zamawiającego do wykluczenia oferenta na podstawie art. 24 ustawy od uprawnienia do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ustawy. *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, co oznacza, że nie konkuruje ona dalej o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie podlega badaniu i ocenie przez zamawiającego*¹

Jak wynika z powyższego nie należy utożsamiać podstaw do wykluczenia wykonawcy z podstawami do odrzucenia oferty. Przede wszystkim obie te czynności dokonywane są na innych etapach postępowania. *Odrzucenie oferty jest wynikiem dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych ofert. Ten rodzaj czynności ma miejsce na drugim etapie postępowania, po ustaleniu, że oferta wykonawcy nie odpowiada ustawie, warunkom przedmiotowym określonym przez zamawiającego w SIWZ albo jeżeli została spełniona którakolwiek z przesłanek odrzucenia, enumeratywnie wyliczonych w art. 89 ust. 1 ustawy. Odrzucenie oferty nie należy utożsamiać z czynnością wykluczenia wykonawcy z postępowania wskutek niespełnienia podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, gdyż odrzucenie jest czynnością następczą w stosunku do wykluczenia wykonawcy z postępowania*²

Natomiast w swym piśmie Protestujący oprotestował jedynie czynność odrzucenia jego oferty, nie odnosząc się w żaden sposób do czynności wykluczenia go z postępowania. Potwierdzeniem tegoż jest również treść złożonego wniosku o *unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty* oraz wskazanie naruszonych, zdaniem Protestującego, przepisów ustawy m.in. art. 89 ust. 1 pkt 2. Jak to już zostało wskazane wyżej, art. 89 reguluje problematykę odrzucenia oferty dokonanej na podstawie oceny ofert, zaś wykluczenie spowodowane jest przesłankami o charakterze podmiotowym, gdyż dotyczą one bezpośrednio wykonawcy.

W obliczu powyższego należy stwierdzić, iż czynność Zamawiającego w postaci wykluczenia Protestującego z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy, uprawomocniła się. Co za tym idzie, Protestujący nie ma interesu prawnego w złożeniu protestu na czynność odrzucenia jego oferty, gdyż jego

¹ P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych*, Komentarz, Warszawa 2009, str. 122

² *Ibidem*, str. 282

oferta i tak nie mogłaby podlegać dalszej ocenie przez Zamawiającego z uwagi na niemożność wzruszenia czynności prowadzącej do jego wykluczenia

Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 maja 2008r. (Sygn. akt: KIO/UZP 372/08): *W niniejszym postępowaniu Odwołujący, pismem z dnia 1 kwietnia 2008 r., które otrzymał w tej samej dacie, został poinformowany przez Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący zarówno w złożonym proteście, jak i odwołaniu nie zakwestionował czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty, a podniósł jedynie zarzut wyboru oferty wykonawcy Panamed jako oferty najkorzystniejszej oraz wniósł o odrzucenie ww. oferty i ewentualne unieważnienie postępowania*

Powyższe oznacza, iż Odwołujący nie ma interesu prawnego we wniesieniu środków odwoławczych, gdyż nie ma możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, jego oferta została bowiem skutecznie odrzucona

Mając na uwadze dotychczasowe piśmiennictwo, jak i utrwalone orzecznictwo należy podnieść, iż wykonawca, którego oferta została odrzucona, nie ma interesu prawnego do korzystania ze środków ochrony prawnej. Interes prawny istnieje wówczas, gdy w konkretnym, toczącym się postępowaniu, w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego wykonawca traci możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Interes prawny wykonawcy nie istnieje, gdy nie ma on szans na wygranie przetargu (..).

Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zajęła w wyroku z dnia 6 marca 2009 (sygn. akt KIO/UZP 200/09, sygn. akt KIO/UZP 226/09): *W rozpatrywanej przez Izbę sprawie Odwołujący Perbo został skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu przez Zamawiającego, bowiem nie kwestionował tej czynności Zamawiającego w określonym, ustawowym terminie, w trybie protestu (..) Tym samym wobec braku oprotestowania tej czynności Zamawiającego decyzja o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu stała się ostateczna. Wykonawca ten formalnie przestał być podmiotem, który jest zainteresowany uzyskaniem tego konkretnego zamówienia w wyniku zaniechania swoich własnych działań (...)*

W rozpatrywanej przez Izbę sprawie Odwołujący Perbo przestał być zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia faktycznie (w perspektywie tego postępowania), jak i potencjalnie (...), bowiem de facto zgodził się on z Zamawiającym, poprzez brak oprotestowania czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu, że nie będzie uczestniczył (faktycznie, czy teoretycznie - potencjalnie) w procesie ubiegania się o dane zamówienie

Odnosząc się do wskazanego przez Protestującego zarzutu naruszenia przepisów art.7, art. 87 ust.2 pkt 3, art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art. 183 ust.1 ustawy należy stwierdzić, iż nie jest on zasadny.

W związku z tym, iż Protestujący nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego powyższy zarzut, należy go zatem uznać za gołosłowny. Poza przytoczeniem przepisów, protestujący w uzasadnieniu swego pisma nie wskazał na żadne fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Zaś zgodnie z art. 6 ustawy Kodeks cywilny to na nim spoczywa obowiązek odowodnienia faktu, z którego wywodzi skutki prawne. Podobnego zdania jest Krajowa Izba Odwoławcza, która w wyroku z dnia z dnia 19 grudnia 2007 r. (KIO/UZP/1430/07), który znajduje analogiczne zastosowanie w niniejszej sprawie, stwierdziła, że *Ciężar udowodnienia faktu, na który powołuje się odwołujący - stosownie do treści art. 14 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 6 kc - spoczywa na podmiocie, który wywodzi z tego faktu skutki prawne (odwołującym).*

W tym miejscu należy także podkreślić, iż bezpodstawne jest zarzucanie Zamawiającemu nieuwzględnienia *domniemania prawidłowej reprezentacji* podczas weryfikowania złożonych przez Protestującego dokumentów. Wskazana zasada nie znajduje żadnego oparcia zarówno w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i w ustawie Kodeks cywilny, a tym bardziej w doktrynie czy orzecznictwie sądowym. Należy ją zatem uznać za nieistniejącą w polskim systemie prawa.

Niezależnie od wskazanej podstawy do oddalenia protestu z uwagi na brak interesu prawnego Protestującego, Zamawiający w dalszym ciągu podtrzymuje twierdzenia zawarte w ogłoszeniu o wyniku postępowania i jako zasadne uznaje wykluczenie Protestującego z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku posiadania wymaganej zdolności kredytowej.

Abstrahując od tego, iż w pierwotnej opinii bankowej z dnia 13 maja 2009r., bank wyraził gotowość do udzielenia Protestującemu kredytu w wysokości 8 mln zł, zaś w następnych ocenił zdolność kredytową Protestującego na 2 mln zł, przedmiotowa opinia nie potwierdza spełnienia warunku znajdowania się w dobrej kondycji finansowej Protestującego z uwagi na przedłożenie nieprawidłowego pełnomocnictwa pracownika banku do wystawiania tego rodzaju dokumentów. Zamawiający ponownie wskazuje, iż jednoosobowe uprawnienie pracownika banku do podpisywania opinii bankowych dotyczy wyłącznie wskazanych wydruków z systemu. Zgodnie bowiem z załączonym pełnomocnictwem ogólnym, pełnomocnik był jednoosobowo uprawniony jedynie do *podpisywania opinii bankowych (wydruk z systemu), potwierdzania otwarcia i zamknięcia rachunku (wydruk z systemu)*. Natomiast z uwagi na szczególne cechy informacji bankowej wystawianej na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, należy stanowczo stwierdzić, iż nie ma ona atrybutów „wydruku z systemu” generowanego automatycznie. Takiego też charakteru nie miało złożone w niniejszym postępowaniu uzupełnienie opinii z dnia 27 lipca 2009r. W związku z zaistniałą sytuacją, przedłożoną opinię należy uznać jako sporządzoną bez prawidłowego umocowania banku.

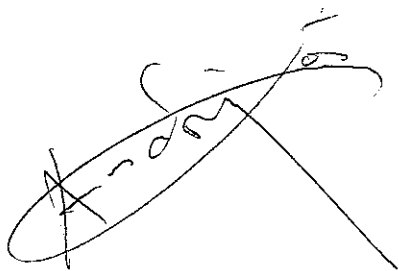
Dodatkowo poza faktem, iż w przedmiotowych opiniach bankowych wskazywano różne, znacznie od siebie odbiegające kwoty mające potwierdzić zdolność kredytową Protestującego, na uwagę zasługuje także rozbieżność w zakresie osób je podpisujących, jak też dat ich wystawienia. Pierwotną opinię z dnia 13 maja 2009r. podpisało dwóch pełnomocników szczególnych zaś uzupełnienie opinii z dnia 27 lipca 2009r. i 19 sierpnia 2009r. parafowała wyłącznie jedna osoba. Nadto, przy swoim piśmie z dnia 19.08.2009 r. Protestujący składa „uzupełnienie opinii bankowej” z datą na 19.08.2009 r., a przy piśmie z dnia 25.08.2009 r. „uzupełnienie” o tej samej treści z datą 27.07.2009 r.

Rekapitulując, należy uznać wniesiony przez Protestującego środek ochrony prawnej jako nieuzasadniony oraz złożony przez podmiot nieposiadający interesu prawnego, a co za tym idzie, podlegający oddaleniu w całości.

W obliczu powyższego należało postanowić jak na wstępie.

POUCZENIE

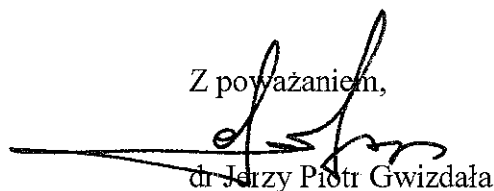
Protestujący ma prawo do wniesienia odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgodnie z art. 184 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia niniejszego protestu.



Maciej Siwy
Adwokat



Z poważaniem,



dr Jerzy Piotr Gwizdała