

Sygn. akt: KIO 1060/11

WYROK

z dnia 30 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118; Hospital Serwis Partner Sp. z o.o., sp. k. z siedzibą we Wrocławiu, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu, 26-617 Radom, ul. Aleksandrowicza 5,**

przy udziale wykonawcy **Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, 31-215 Kraków, ul. Żabieniec 46** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118; Hospital Serwis Partner Sp. z o.o., sp. k. z siedzibą we Wrocławiu, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118 i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118; Hospital Serwis Partner Sp. z o.o., sp. k. z siedzibą we Wrocławiu, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118; Hospital Serwis Partner Sp. z o.o., sp. k. z siedzibą we Wrocławiu, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Radomiu, 26-617 Radom, ul. Aleksandrowicza 5** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Kompleksowe specjalistyczne utrzymanie czystości, dekontaminację pomieszczeń i sprzętów, transport wewnętrzny, czynności pomocowe oraz utrzymanie terenów zewnętrznych w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym w Radomiu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 stycznia 2011 r., nr 2011/S 18-028668.

Pismem z dnia 10 maja 2011 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Clening Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Hospital Serwis partner Sp. z o.o., sp. k. z siedzibą we Wrocławiu, zwanych dalej „Odwołującym”, o odrzuceniu oferty Odwołującego w wyniku wykonania wyroku Krajowej Izby odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 790/11.

Nadto pismem tym poinformował odwołującego o wyborze oferty wykonawcy Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, zwanego dalej „Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód”.

W dniu 20 maja 2011 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 20 maja 2011 r.) wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Spółdzielnia Inwalidów,
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty wykonawcy Spółdzielni Inwalidów,
2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Spółdzielni Inwalidów na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych bądź unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż oferta wykonawcy Spółdzielni Inwalidów Naprzód posiada te same braki i wady, które w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonej w wyroku z dnia 29 kwietnia br. (sygn. 789/11 i 790/11) uzasadniały odrzucenie oferty Odwołującego. Nakazana zaś przez KIO czynność ponownej oceny ofert nie oznaczała tylko obowiązku odrzucenia oferty Odwołującego, lecz rzetelne sprawdzenie wszystkich złożonych ofert, czy są zgodne z treścią SIWZ i czy w nich nie występują błędy, które w świetle ustaleń KIO stanowią przesłankę do ich odrzucenia. Interes we wnoszeniu środków ochrony pranej musi być rozumiany szeroko, i że w żadnym razie nie ogranicza się tylko do możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia w ramach tego konkretnego postępowania. Sama dyspozycja art. 179 ust 1 ustawy PZP, która uznaje za zasadne wnoszenie odwołań przez podmioty inne niż tylko wykonawcy jasno dowodzi intencji ustawodawcy aby proces udzielania zamówienia podlegał jak najszerszej kontroli podmiotów, które potrafią uprawdopodobnić zaistnienie szkody po ich stronie w wyniku wadliwych działań Zamawiającego. A ponieważ w niniejszym przypadku Odwołujący kwestionuje działania Zamawiającego polegające na udzielaniu zamówienia podmiotowi, w którego ofercie występują identyczne braki, jak w ofercie Odwołującego, w sytuacji gdy z tego powodu oferta jednego wykonawcy zostaje odrzucona, zaś druga uznana za najkorzystniejszą to działania takie dowodzą naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i udzielenia zamówienia publicznego w sposób sprzeczny z zasadami wyrażonymi w ustawie PZP i zasadami wydatkowania środków publicznych, a także w sytuacji gdy Zamawiający wybiera w ten sposób ofertę droższą.

Nadto Odwołujący wskazał, że wykonawca Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” nie zaproponowała w swojej ofercie wszystkich preparatów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym oferta tego Wykonawcy winna zostać odrzucona zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia na skutek wystąpienia następujących braków:

- a) wykonawca w swojej ofercie nie zaproponował ani preparatu wymaganego przez Zamawiającego, tj. RM 81 ASF ani żadnego innego preparatu tego typu. Wykonawca na 31 stronie swojej oferty wskazał wykaz narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych w celu realizacji zamówienia. A ponieważ w powyższym dokumencie nie

zostało wskazane żadne urządzenie wysokociśnieniowe do maszynowego czyszczenia chemicznego to należy domniemywać, iż wykonawca do realizacji tej części przedmiotu zamówienia będzie stosował urządzenie będące własnością Zamawiającego. Natomiast wykonawca zgodnie z zapisami SIWZ winien zaoferować w ofercie preparat RM 81 ASF. Wykonawca nie zaproponował preparatu wymaganego przez Zamawiającego, nie będzie zatem w stanie wykonać tej części przedmiotu zamówienia, a jego oferta nie odpowiada treści SIWZ.

- b) Zamawiający wskazał w SIWZ, iż w ramach przedmiotu zamówienia wybrany wykonawca zobowiązany będzie do czyszczenia/prania wykładzin dywanowych, wykonawca Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w swojej ofercie nie zaproponował preparatów niezbędnych do wykonania tej części zamówienia.
- c) Zamawiający wymagał w SIWZ wykonywania takiej czynności jak mycie naczyń, a wykonawca Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w swojej ofercie nie zaproponował preparatów do wykonania w/w czynności.
- d) Wykonawca na 58-62 stronie swojej oferty w odpowiedzi na wymóg Zamawiającego przedstawił uzupełniony o nazwy handlowe oraz producenta załącznik nr 7d na 61 stronie swojej oferty w odpowiedzi na wymóg w pkt 14 załącznika nr 7d zaproponował preparat Mikrozyd AF Liquid. Zaproponowany preparat nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w SIWZ. Natomiast Zamawiający wymagał aby zaproponowany preparat zawierał w swoim składzie substancje aktywne 1 i 2 propanol. Zaproponowany preparat - Mikrozyd AF Liquid nie spełnia tego wymogu, ponieważ zawiera w swoim składzie substancje aktywne: etanol i propan-1-ol. Powyższe potwierdza ulotka informacyjna i karta charakterystyki tego preparatu, stanowiąca załącznik do niniejszego odwołania.

Pismem z dnia 20 maja 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 23 maja 2011 r. wykonawca Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie ze względu na brak interesu w uzyskaniu zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Środki ochrony prawnej przysługują więc tylko takiemu wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi, „który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia” (wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt II Ca 9/11). Odwołujący musi więc wykazać, iż miał lub ma interes w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poniósł lub mógł ponieść szkodę. Chodzi zatem o zaistnienie chociażby potencjalnej możliwości uzyskania przez Odwołującego tego konkretnego zamówienia, przy czym nie może to być interes hipotetyczny, odnoszący się do innego, przyszłego zamówienia, ale o to, konkretne, toczące się aktualnie postępowanie. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący, którego oferta została skutecznie odrzucona (w wyniku wykonania wyroku KIO w sprawie o sygn. akt KIO 789/11 i KIO 790/11) i który nie kwestionował w skardze orzeczenia Izby (fakt ten Odwołujący przyznał na rozprawie), utracił przymiot wykonawcy. „Skuteczne odrzucenie oferty Odwołującego spowodowało, iż nie ma on interesu prawnego w domaganiu się unieważnienia dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia ofert innych podmiotów i nakazania unieważnienia przetargu na podstawie art. 27 b ust. 1 pkt 1 ustawy o zamówieniach publicznych, a zarzut naruszenia art. 16 u.z.p. nie może być powoływany przez podmiot, który nie jest uczestnikiem postępowania o zamówienie publiczne” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 4 czerwca 2003 roku sygn. akt V Ca 894/03). Nie znajduje więc uzasadnienia odwoływanie się przez Odwołującego do rzekomo wadliwej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, naruszenia bliżej nie skonkretyzowanych przepisów ustawy o finansach publicznych, jak również konieczności unieważnienia postępowania i przeprowadzenia procedury o udzielenie zamówienia ponownie. Unieważnienie postępowania prowadzi bowiem do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez wyboru oferty najkorzystniejszej, skutkiem czego

jest niezawarcie umowy. Nie dochodzi więc do uzyskania zamówienia publicznego, a tym samym nie ma możliwości wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia.

Drugą przesłanką legitymacji czynnej, której spełnienie musi nastąpić kumulatywnie wraz z przesłanką interesu w uzyskaniu danego zamówienia jest wykazanie przez Odwołującego, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. Szkada – w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, co oznacza, iż wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy. Konieczne jest zatem wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Niemniej jednak, biorąc po uwagę okoliczności faktyczne niniejszej sprawy, jak również uwzględniając fakt, iż oferta Odwołującego została odrzucona z postępowania, co nie było kwestionowane, Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący nie wykazał, że w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania realny jest wynik postępowania w postaci zawarcia z Odwołującym umowy, a tym samym skutek naruszenia ustawy może ponieść szkodę. Nie znajduje uzasadnienia powoływanie się na możliwość uzyskania zamówienia w kolejnej prowadzonej procedurze o udzielenie zamówienia publicznego w efekcie unieważnienia obecnie prowadzonego postępowania. Wykazanie możliwości poniesienia szkody jest bowiem nierozdzielnie związane z naruszeniem przepisów ustawy przez Zamawiającego, co w konsekwencji prowadzi do utraty możliwości wyboru oferty Odwołującego, a tym samym zaistnienia po stronie Odwołującego uszczerbku. Podstawą dla wykazania możliwości zaistnienia szkody jest wykazanie normalnego (adekwatnego) związku przyczynowego, czego Odwołujący nie wykazał, a w obliczu niekwestionowania nakazania odrzucenia własnej oferty (skargi) nie był w stanie wykazać związku pomiędzy utraceniem możliwości uzyskania zamówienia a naruszeniem przepisów ustawy przez Zamawiającego na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Okolicznością taką nie może być kwestionowanie wyboru oferty najkorzystniejszej i rzekomo nieprawidłowe – w ocenie Odwołującego – wykonanie wyroku Izby odnośnie ofert innych wykonawców, których odrzucenia ofert Izba nie nakazała.

Tym samym stwierdzić należy, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: