

Sygn. akt: KIO 694/15

WYROK
z dnia 20 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **A. T.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Urbi Projekt, A. T. w Pułtusk**

w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Biochemii i Biofizyki Polskiej Akademii Nauk w Warszawie**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **A. T.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Urbi Projekt, A. T. w Pułtusk** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A. T.**, **prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Urbi Projekt, A. T. w Pułtusk** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Biochemii i Biofizyki Polskiej Akademii Nauk w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „termomodernizacja budynków Instytutu Biochemii i Biofizyki Polskiej Akademii Nauk w ramach programu priorytetowego Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej <System Zielonych Inwestycji>”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 lutego 2015 r., poz. 43264.

W dniu 2 kwietnia 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę A. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Urbi Projekt, A. T. w Pułtusku, zwanych dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu a także o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Wobec czynności wykluczenia go z postępowania odwołujący wniósł w dniu 7 kwietnia 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niezachowanie zasady równego traktowania wykonawców czego przejawem jest nierzetelna ocena oferty odwołującego,
- 2) art. 26 ust. 2 pkt 2a ustawy Pzp przez błędną ocenę dokumentów składanych dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez wykluczenie wykonawcy z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez błędną interpretację możliwości uzupełnienia dokumentów,
- 5) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez błędną interpretację przepisu w zakresie zmiany treści oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że został wykluczony z postępowania z uwagi na nieznaną przepisów prawa przez zamawiającego, polegającą na błędnej ocenie dokumentów w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz możliwości ich uzupełnienia, co w efekcie doprowadziło do dokonania czynności

niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czego konsekwencją było wykluczenie odwołującego i odrzucenie jego oferty. Odnosząc się do wezwania zamawiającego z 27 marca 2015 roku do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia odwołujący podniósł, że z pisma tego nie wynikało jednoznacznie, które ze wskazanych przez odwołującego robót nie spełniają warunku udziału w postępowaniu sformułowanego przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał także na rozbieżność pomiędzy brzmieniem warunku wynikającym z SIWZ a brzmieniem tego warunku przytoczonym w rozstrzygnięciu zamawiającego. Warunek w zakresie udziału w postępowaniu sprecyzowany przez zamawiającego w SIWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu wskazywał, iż „warunek posiadania wiedzy i doświadczenia - Zamawiający uzna za spełniony gdy Wykonawca wykaże, że wykonał co najmniej 2 roboty budowlane dla różnych obiektów użyteczności publicznej pracujących w trybie ciągłym (np. szpitale, instytuty badawcze, etc.) dotyczące robót termomodernizacyjnych o wartości nie mniejszej niż 3 000 000.00 zł”, natomiast warunek przywołany w rozstrzygnięciu „warunek posiadania wiedzy i doświadczenia — Zamawiający uzna za spełniony gdy Wykonawca wykaże, że wykonał co najmniej 2 roboty budowlane dla różnych obiektów użyteczności publicznej pracujących w trybie ciągłym (np. szpitale, instytuty badawcze, etc.) dotyczące robót termomodernizacyjnych o wartości nie mniejszej niż 3 000 000.00 zł każda”. Zdaniem odwołującego, zamawiający wskazał katalog otwarty budynków użyteczności publicznej pracujących w trybie ciągłym, wobec czego roboty wskazane przez odwołującego w tym m.in. termomodernizacja budynków szpitala MSWiA oraz termomodernizacja budynków UMCS Lublin w sposób pozytywny wypełniła ten warunek, czego efektem nie powinno być ani wezwanie do uzupełniania, ani tym bardziej wykluczenie z postępowania z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przedstawione przez odwołującego roboty prowadzone w budynkach pracujących w trybie ciągłym rozumianym jako ciągła nieprzerwana praca budynków i całości lub części jego załogi. Odwołujący argumentował także, iż zamawiający nie wskazał zbyt precyzyjnie co należy traktować jako pracę ciągłą budynku, a używając katalogu otwartego przykładowych budynków użyteczności publicznej pozostawił sferę niepewności co do interpretacji warunku przez odwołującego. W rozstrzygnięciu postępowania zamawiający nie wskazał także, która z przedstawionych przez odwołującego robót nie została zweryfikowana przez zamawiającego pozytywnie, podobnie jak miało to miejsce w procesie wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący argumentował również, że czyniąc zadość wezwaniu do uzupełnienia dokumentów przedstawił uzupełniony wykaz robót, dokumenty w zakresie użyczenia wiedzy i doświadczenia na potrzeby niniejszego postępowania przez podmioty trzecie wraz z dokumentami, które winny one złożyć na potrzeby niniejszego zamówienia. Jednocześnie z

uzupełnionymi dokumentami odwołujący złożył wyjaśnienie dotyczące obiektów wykazanych w pierwotnym wykazie robót oraz charakteru ich pracy. Zdaniem odwołującego ww. wyjaśnienia w sposób jednoznaczny wskazywały na spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego, zamawiający nie odniósł się merytorycznie do dokumentów złożonych przez odwołującego, powołując się na fakt, iż dokumenty sygnowane są datą przed terminem składania ofert wobec czego winny zostać one złożone pierwotnie a nie w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający tym samym nie kwestionował sposobu i formy polegania na wiedzy i doświadczeniu podmiotów trzecich, czy zakresu robót wskazanych w wykazie a jedynie arbitralnie ocenił, iż wykonawca nie może skorzystać z prawa nadanego mu przez samą ustawę w zakresie uzupełniania dokumentów na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał również, że nie może się zgodzić ze stanowiskiem zamawiającego, jakoby uzupełniony wykaz robót nie mógł być przez zamawiającego uznany, gdyż w ten sposób doszłoby do niedopuszczalnych negocjacji treści oferty oraz czy też zmian jej treści. Odwołujący wywiódł, że dokumenty składane na potwierdzenie warunku mogą się różnić od złożonych w ofercie, co wynika z istoty art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący w końcowej części odwołania wywiódł, że wykluczenie go z postępowania pozbawiło go możliwości realizowania kontraktu. Argumentował, że posiada interes prawny we wniesionym odwołaniu, bowiem w przypadku gdyby postępowanie byłoby prowadzone zgodnie z przepisami prawa, oferta złożona przez odwołującego wg kryteriów sformułowanych przez zamawiającego byłaby ofertą najkorzystniejszą spośród złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska. Wskazał m.in., że nawet w przypadku unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i powtórzenia oceny ofert, oferta tego wykonawcy i tak nie zostałaby wybrana, z uwagi na okoliczność, że wartość oferty odwołującego przewyższa kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia i która to kwota nie zostanie zwiększona.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego skierowane do odwołującego o uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu z 27 marca 2015r., pismo odwołującego z 1 kwietnia 2015r., stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, zawiadomienie zamawiającego o unieważnieniu

postępowania i wykluczeniu odwołującego z postępowania, odwołanie, przesłuchanie stron ograniczone do przesłuchania w charakterze strony Pana L. L. za zamawiającego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby odwołujący nie zdołał wykazać legitymacji do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Stosownie do powoływanego przepisu, środki ochrony prawnej określone w stawie Pzp 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 niniejszej ustawy*. Z przywołanego przepisu wynika, że ustawodawca wymaga od wykonawcy wnoszącego odwołanie nie tylko legitymowania się interesem w uzyskaniu danego zamówienia, ale również wykazania poniesionej szkody lub możliwości jej poniesienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Jak podnosi się w doktrynie i orzecznictwie, przez szkodę należy rozumieć uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy jakiego doznaje lub dozna poszkodowany wykonawca w wyniku określonego działania lub zaniechania zamawiającego. Oznacza to konieczność wykazania wpływu podnoszonych zarzutów na sytuację wykonawcy, wyrażającego się zaistnieniem po stronie odwołującego uszczerbku stanowiącego szkodę, w następstwie naruszenia przepisów ustawy Pzp, w sposób pozwalający na uchwycenie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem po stronie wykonawcy.

Zdaniem Izby, odwołujący – w toku rozprawy – nie wykazał, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu. W toku postępowania odwoławczego ustalono bowiem, że odwołujący nie mógłby uzyskać przedmiotowego zamówienia, gdyż nawet przywrócenie odwołującego do postępowania, jak i ponowne badanie i ocena ofert nie prowadziłyby do zawarcia z odwołującym umowy, lecz ponownie do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Stosownie do powołanego przepisu, *zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.* Dostrzeżenia wymagało, że oferta odwołującego zawierała cenę 5.983.980,02 zł brutto, przewyższającą kwotę 5.408.330,00 zł brutto, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia i która to kwota nie mogła być zwiększona do ceny oferty odwołującego. Powyższe oznacza, że nawet w przypadku stwierdzenia przez Izbę, że zarzuty odwołującego podniesione w odwołaniu są zasadne i nie podlegał on wykluczeniu z postępowania, to i tak nie mógłby on uzyskać zamówienia publicznego. Odwołujący nie wykazał zatem szkody jaką poniósł lub mógłby ponieść w związku z wadliwym wykluczeniem go z postępowania. Podkreślenia wymaga, że wykazanie szkody, o której stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy jest możliwe rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w interesie i na korzyść odwołującego, skutkiem czego – jak już wyżej wskazano – możliwe byłoby zawarcie umowy z odwołującym.

W trakcie rozprawy ustalono, że zamawiający nie zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia więcej, aniżeli kwota podana w trakcie otwarcia ofert. Jak wynikało z zeznań słuchanego w charakterze strony L. L. – wykonującego czynności zastrzeżone dla kierownika zamawiającego, oferta odwołującego o wartości 5.983.980,02 zł brutto przewyższała kwotę jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Oświadczył, że zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 5.408.330,00 zł brutto i kwota taka została podana wykonawcom przed otwarciem ofert. Powyższe wynikało również z pkt 8 protokołu postępowania. Zeznał nadto, że zamawiający dysponuje wyłącznie taką kwotą i nie ma możliwości jej zwiększenia. Oświadczył, że taka kwota wynika z planu finansowego realizacji zamówienia. Zdaniem Izby, o możliwościach finansowych zamawiającego najdobitniej świadczy to, że zgodnie z zeznaniami pana L. L. w razie ogłoszenia kolejnego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia kwota również nie ulegnie zwiększeniu. Zeznał, że w celu zmieszczenia się przyszłych ofert w niezmienionym budżecie zamawiającego, zamawiający przeanalizuje możliwość urealnienia zakresu robót, ograniczy zakres robót i ogłosi postępowanie obejmujące skorygowany zakres prac.

Izba uznała ww. oświadczenia osoby, której – jak wynika z pkt 3.A.1 protokołu postępowania – powierzono pełnienie czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego, jako wystarczające celem ustalenia zamiaru i możliwości zamawiającego. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że kwota podawana na otwarciu ofert jako ta, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wyraża maksymalny poziom, do jakiego zamawiający jest zobligowany wobec wykonawców podejmować działania zmierzające do wyboru najkorzystniejszej oferty. Celem postępowania o zamówienie

publiczne nie jest nabycie przez jednostkę przedmiotu postępowania „za wszelką cenę”, ale nabycie go w warunkach własnej kalkulacji i założonego budżetu na dany cel, co mieści się w autonomii jednostki dokonującej nabycia określonych rzeczy lub praw. Decyzja, wyrażająca zamiar nabycia określonego przedmiotu, tak jak każda decyzja podejmowana w warunkach rynkowych przez podmioty komercyjne, zawiera w sobie wyznaczone przez nabywcę granice, w jakich będzie się poruszał, w tym granice finansowe, do jakich jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia. Nie sposób więc obligować zamawiającego do poddawania każdorazowo, gdy cena oferty przekroczy tak wyznaczony próg, analizie swoich możliwości finansowych, ponad wolę nabycia przedmiotu zamówienia za określoną cenę. Zwiększenie tak założonego budżetu jest każdorazowo odstępstwem od pierwotnego zamiaru, a nie zasadą. Zasadą jest zatem, że zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia tylko do kwoty, jaką podał na otwarciu ofert jako ta, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W analizowanym postępowaniu ten zamiar nieprzekraczania budżetu nie budzi wątpliwości – wynika z samych czynności podejmowanych w toku postępowania o zamówienie to jest kwoty, jaką zamawiający podał w trakcie otwarcia ofert, ujawnionej w pkt 8 protokołu postępowania, a wreszcie z zeznań słuchanego w charakterze strony Pana L. L. .

Z omawianych względów nie podlegały rozpatrzeniu zarzuty odwołującego, podniesione wobec czynności wykluczenia go z postępowania. Odwołanie musiało bowiem podlegać oddaleniu z powodu niewykazania przez odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie miało charakter merytoryczny, zatem musiało przybrać postać wyroku.*

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: