

Sygn. akt: KIO 2347/13

WYROK
z dnia 15 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Emil Kuriata
Honorata Łopianowska

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 15 października 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2013 r. przez wykonawcę: **Budimex S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Politechnika Warszawska, pl. Politechniki 1, 00-661 Warszawa - CEZAMAT PW Sp. z o.o. ul. Polna 50, 00-644 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum spółek w składzie: **IDS-BUD S.A. i Korporacja „Altis – Holding”, ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2347/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Budimex S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, i :**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr.**
(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Budimex S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** 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) 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, Politechnika Warszawska z siedzibą w Warszawie, w imieniu której działa Cezamat PW spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa Laboratorium Centralnego wraz z dostawą elementów wyposażenia, a także dostawą, instalacją i uruchomieniem aparatury naukowo-badawczej w ramach prawa opcji”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 czerwca 2013r. pod nr 2013/S 123-210201.

W dniu 23 września 2013 r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o rozstrzygnięciu postępowania oraz o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez Budimex S.A.

Wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- I. art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy: Konsorcjum IDS-BUD S.A., Korporacja „Altis-Holding”, który złożył nieprawdziwe informacje w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, mające wpływ na wynik postępowania;
- II. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy: Konsorcjum IDS-BUD S.A., Korporacja „Altis-Holding”, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w punkcie 8.1.1. lit. a i lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”);
- III. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD S.A., Korporacja „Altis-Holding”, pomimo że treść oferty ww. wykonawcy nie odpowiada treści siwz w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania;
- IV. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia oraz udostępnienia odwołującemu oferty złożonej przez Konsorcjum: IDS-BUD S.A., Korporacja „Altis-Holding” oraz części złożonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień;
- V. art. 91 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, polegające na dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum: IDS-BUD S.A. Korporacja „Altis-Holding” jako najkorzystniejszej, pomimo że ww. wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp;
- VI. art. 91 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, polegające na dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum: IDS-BUD S.A., Korporacja „Altis-Holding” jako najkorzystniejszej, pomimo

że oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 2 Pzp;

VII. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, polegające na nieuprawnionym odrzuceniu oferty odwołującego pomimo, że oferta odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) odtajnienia oferty złożonej przez Konsorcjum IDS-BUD S.A., Korporacja „Altis-Holding”;
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- 5) odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD S.A., Korporacja „Altis-Holding”;
- 6) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wyjaśnił, że pierwotnie oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Ze względu na brak interesu we wniesieniu odwołania po dokonaniu przez zamawiającego pierwszej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, odwołujący nie miał możliwości skutecznego skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej, celem zweryfikowania prawidłowości działań zamawiającego. Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę, niewątpliwie miał więc interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Jednakowoż wykazanie uprzednio istnienia szkody - drugiej przesłanki warunkującej skuteczne wniesienie odwołania, zważywszy na pierwszą pozycję odwołującego w postępowaniu, byłoby niemożliwe. W świetle art. 179 ust. 1 Pzp szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy Pzp. Tym samym, uprzednio konieczne byłoby 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. Zaniechanie odrzucenia drugiej złożonej w postępowaniu oferty, sklasyfikowanej niżej niż oferta odwołującego, nie wpłynęłoby w żaden sposób na sytuację odwołującego w postępowaniu.

Poza wskazanymi powyżej przeszkodami we wniesieniu odwołania wynikającymi z przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, odwołujący podał również, iż wcześniejsze wniesienie środka ochrony prawnej nie pozwoliłoby odwołującemu na skuteczną ochronę jego praw - odwołanie podlegałoby oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, ze względu na brak wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Efektem uwzględnienia odwołania byłby ponowny wybór oferty odwołującego. Brak możliwości skutecznego

wniesienia odwołania przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą potwierdza nie tylko wykładnia pojęcia posiadania interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, ale przede wszystkim jednolite w tym zakresie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 25 kwietnia 2012 r. sygn. akt 718/12). Wobec powyższego odwołujący w przedmiotowym postępowaniu mógł złożyć odwołanie dopiero w momencie dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert.

Istotną przeszkodę we wniesieniu odwołania stanowiło również niedokonanie przez zamawiającego odtajnienia oferty Konsorcjum: IDS-BUD. Odwołujący nie miał możliwości skutecznego zweryfikowania czynności podjętych w postępowaniu przez zamawiającego. Konsorcjum IDS-BUD w sposób nieuprawniony zastrzegło, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w bardzo szerokim zakresie złożoną ofertę, w tym - kluczowe dla oceny zgodności treści oferty z treścią siwz - załączniki nr 3 i 4, determinujące przedmiot świadczenia wykonawcy.

Zdaniem odwołującego, w przypadku nieprzyznania odwołującemu możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej, w przedmiotowym postępowaniu dojdzie do kuriozalnej sytuacji, w której zamawiający uchybiając zasadzie równego traktowania wykonawców oraz przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, stwierdzając błędy w ofercie jednego wykonawcy (odwołującego) odrzuca jego ofertę, równocześnie ignorując wystąpienie tożsamyh błędów w ofercie drugiego wykonawcy (Konsorcjum IDS-BUD). Zawężająca wykładnia przepisów ustawy Pzp regulujących kwestię korzystania ze środków ochrony prawnej będzie każdorazowo tworzyła pole do naruszeń po stronie zamawiających, działających pod pretekstem wykonania orzeczenia Izby, czy też ze względu na niedopuszczenie do rozpoznania odwołania złożonego z uwagi na uznanie, iż jest ono wnoszone z uchybieniem terminu.

Odwołujący podkreślił, iż wniesione odwołanie nie dotyczy okoliczności, które były uprzednio przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum IDS-BUD lecz czynności podjętych przez zamawiającego po ogłoszeniu wyroku. Zdaniem odwołującego zamawiający w sposób nieprawidłowy wykonał czynność badania i oceny oferty złożonej przez Konsorcjum IDS-BUD. W wyroku z dnia 16 września 2013 r. sygn. akt KIO 2099/13, Izba nie nakazała zamawiającemu dokonania wyboru oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Nieprawidłowości i naruszenia w zakresie oceny innych ofert, rozpatrywane przez pryzmat zasady wynikającej z art. 7 ust. 1 Pzp, potwierdzają zasadność zarzutów podniesionych w odwołaniu, jeśli dotyczą sytuacji odwołującego. Z uwagi na wykazane w odwołaniu naruszenia dojdzie do zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta podlega odrzuceniu ze względu na jej niezgodność z treścią siwz, co w konsekwencji doprowadzi do pozbawienia odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Powyższe

dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazał, że konieczność szerokiej wykładni dopuszczalności wniesienia odwołania oraz niezbędność badania zarzutów merytorycznych potwierdził również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12. Trybunał odpowiadając na pytanie prejudycjalne orzekł, iż: „Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., należy interpretować w ten sposób, że jeżeli w ramach postępowania odwoławczego wybrany oferent, któremu udzielono zamówienia i który wniósł odwołanie wzajemne, podnosi zarzut niedopuszczalności oparty na braku legitymacji oferenta, który wniósł odwołanie, ze względu na fakt, że oferta, którą ten ostatni przedstawił, powinna była zostać odrzucona przez instytucję zamawiającą z uwagi na jej niezgodność z wymogami technicznymi określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, to przepis ten sprzeciwia się temu, aby rzezone odwołanie zostało uznane za niedopuszczalne w wyniku uprzedniego badania tego zarzutu niedopuszczalności, bez rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności ze wskazanymi wymogami technicznymi zarówno oferty wybranego oferenta, któremu udzielono zamówienia, jak i oferty oferenta, który wniósł odwołanie.”.

Odmówienie odwołującemu dostępu do procedur odwoławczych przewidzianych m.in. w dyrektywie nr 89/665/EWG w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, jest działaniem sprzecznym z jej postanowieniami, jak również narusza gwarantowane przez nią prawo do kwestionowania bezprawnych działań zamawiającego, co wpływa negatywnie na skuteczność tejże dyrektywy. Brak możliwości złożenia odwołania przez wykonawcę, który złożył ofertę uprzednio uznaną za najkorzystniejszą skutecznie uniemożliwiłby kontrolę prawidłowości konkurencyjnej oferty oraz doprowadzi do stanu, w którym wykonawca, który złożył mniej korzystną ofertę znajdzie się na uprzywilejowanej pozycji - ocenianej pod kątem możliwości skutecznej ochrony praw, przy wykorzystaniu przewidzianych w ustawie środków ochrony prawnej.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu następujące okoliczności:

ZARZUTY I i II - zaniechanie wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art 24 ust 1 pkt 3 i 4 Pzp

Zamawiający w rozdziale III punkcie 8.1.1. siwz dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia:

Konsorcjum IDS-BUD w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu posłużyło się nieprawdziwymi informacjami. W wykazie wykonanych robót na potwierdzenie spełniania warunku określonego w punkcie 8.1.1. lit, a siwz ww. wykonawca w pkt 1 tabeli wg wzoru nr 11 robota wskazał robotę budowlaną polegającą na: przebudowie i rozbudowie istniejącego budynku szpitala. Natomiast zgodnie z warunkiem udziału wykonawcy winni posiadać doświadczenie w wybudowaniu budynku. Wobec powyższego robota budowlana podana w pozycji 1 wykazu robót nie odpowiada ww. warunkowi udziału w postępowaniu.

W zakresie dwóch pozostałych robót budowlanych wskazanych przez Konsorcjum IDS-BUD w wykazie - dołączone do oferty referencje wystawione przez ALTIS-ENERGO z o.o., potwierdzające prawidłowe, zgodne z zasadami sztuki budowlanej wykonanie robót budowlanych, budzą uzasadnione wątpliwości w zakresie ich prawdziwości i zgodności ze stanem rzeczywistym. Zgodnie z przedstawionymi przez Konsorcjum referencjami, „Korporacja "ALTIS-HOLDING" wykonała prace budowlane na terenie obiektu przemysłowego nr 3, które polegały na budowie budynku z zakresu branży elektronicznej przeznaczonego do produkcji wyposażenia elektrycznego znajdującego się pod adresem: Żytomierz, ul. Baranowa 89, Powierzchnia budynku ponad 4000 m². W budynku znajduje się część wydzielona o podwyższonej klasie czystości odpowiadającej normom np. ISO Class 6 oraz ISO Class 5. Ogólna powierzchnia wyżej wskazanych pomieszczeń przekracza 1650 m², w tym pomieszczenie o wielkości 230 m² i pomieszczenie o wielkości 210 m². Prace zostały zakończone w 2011 r.

Zgodnie z wiedzą odwołującego oraz zgodnie z informacjami podanymi na stronie "ALTIS-HOLDING" w zakładce INWESTYCJE, istnieją dwa projekty zrealizowane przez ten podmiot w mieście Żytomierz.: supermarket oraz wytwórnia betonu i prefabrykatów. Pod wskazanym w referencjach adresem znajduje się właśnie wytwórnia betonu i prefabrykatów, a nie budynek z branży elektronicznej, jak to podano w referencjach. Ponadto zgodnie z informacją na stronie członka konsorcjum - jej budowa zakończyła się w roku 2009, a nie w 2011, jak to zostało napisane w referencjach. Dodatkowo obie referencje dotyczącej obu robót wskazanych w poz.1 i 3 wykazu wystawione zostały przez ALTIS-ENERGO z o.o. spółkę-córkę Korporacji „Altis-Holding”, co zupełnie zignorował zamawiający. O celowości podania przez konsorcjum nieprawdziwych informacji oraz ich wpływie na wynik postępowania świadczy chociażby fakt, iż informacje te decydowały o wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Konsekwencją podania w wykazie wskazanych powyżej nieprawdziwych informacji oraz zaniechania rzetelnego ich zbadania przez zamawiającego,

było uznanie, iż Konsorcjum IDS-BUD spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W celu oceny istnienia przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu, określonych w art. 24 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 4 i 5 Pzp, zamawiający żądał złożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, albo informacji, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej.

Konsorcjum IDS-BUD załączyło do oferty (str. 52) listę podmiotów należących do grupy kapitałowej wraz z członkiem konsorcjum Korporacją Altis-Holding. Wskazano 6 podmiotów, które - za wyjątkiem BOREN-A Sp. z o.o. – są udziałowcami Korporacji Altis-Holding wymienieni w Umowie Założycielskiej z 24.07.2009 r. Przedmiotowy dokument nie wskazuje jednak w sposób wyczerpujący wszystkich spółek tworzących grupę kapitałową - nie wskazano spółki-córki Korporacji Altis-Holding, nie wymieniono spółki-córki ww. podmiotu - Altis-Energo, na rzecz której Korporacja Altis Holding rzekomo wykonała wskazane w wykazie roboty budowlane. Zgodnie z informacjami dostępnymi na stronie internetowej ww. podmiotu, Korporację Altis Holding tworzy 17 podmiotów.

Powyższe jednoznacznie prowadzi do wniosku, iż Konsorcjum IDS-BUD poświadczyło nieprawdę także w zakresie złożonej listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej dot. Korporacji Altis-Holding. Odwołujący podkreślił, że zamawiający w żaden sposób nie zweryfikował złożonego przez ww. wykonawcę dokumentu.

ZARZUT III - zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Zamawiający żądał, aby wykonawca wraz z ofertą przedłożył załącznik nr 4, w którym wskazane zostaną kluczowe urządzenia/systemy/materiały oferowane w zakresie realizacji robót budowlanych. Wymagania co do tych urządzeń zostały określone w przekazanej dokumentacji. Z uwagi na dokonane przez Konsorcjum IDS-BUD zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, załączników nr 3 i 4 do oferty, definiujących kształt świadczenia wykonawcy i przesądających o zgodności oferty z siwz oraz zaniechanie zamawiającego polegające na nieodtajnieniu ww. dokumentów, część wniosków dotyczących zawartości tychże załączników oparto na informacjach powszechnie dostępnych, doświadczeniach biznesowych odwołującego oraz domniemaniu i założeniu, że Konsorcjum IDS-BUD powtórzyło brzmienie załączników z poprzedniego (unieważnionego) postępowania przetargowego.

Biorąc pod uwagę ofertę złożoną przez Konsorcjum IDS-BUD w poprzednim postępowaniu, zasadne jest przyjęcie, że w zakresie urządzeń aparatury naukowo-badawczej, objętych przez zamawiającego klauzulą prawa opcji, Konsorcjum IDS-BUD zaoferowało m.in. urządzenie do centrowania i naświetlania wiązką elektronową (elektronolitograf) firmy VISTEC Elektron Beam GmbH - model EBP5200ES (por, p. 2 we

wzorze nr 2 oraz wzorze 3b). Na podstawie wiedzy odwołującego, popartej dokumentami, które udostępnia producent VISTEC, zawierającymi opis funkcji i parametrów technicznych dla ww. instrumentu, oferowany model nie spełnia wymagań podstawowych, określonych w kolumnie „Parametry wymagane” wzoru nr 3b. Oferta Konsorcjum IDS-BUD w tym zakresie nie odpowiada treści siwz. Parametry wymagane we wzorze nr 3b tabela nr 2 „Urządzenia do centrowania i naświetlania wiązką elektronową (elektronolitograf), które zostały potwierdzone przez IDS-BUD niezgodnie ze stanem rzeczywistym to:

1. poz. 2.3.1.3 „Napięcie przyspieszające: co najmniej trzy wartości 100kV, 50 kV i 25 kV (lub 20kV zamiast 25 kV), Napięcie przyspieszające musi być ustawiane cyfrowo, może być regulowane płynnie lub skokowo”;
2. poz. 2.3.1.6: „Stabilność pozycjonowania wiązki elektronowej <10nm/godz.”;
3. poz. 2.3.1.7 „Mierzona minimalna średnica wiązki < niż 3nm”;
4. poz. 2.3.1.13.1: „Dokładność sklejania wzorów sąsiadujących, dokładność centrowania wzajemnie nakładających się wzorów, przy napięci przyspieszającym 100kV < 10nm (tryb wysokiej rozdzielczości pisania)”;
5. poz. 2.3.1.13.2: „Dokładność sklejania wzorów sąsiadujących, dokładność centrowania wzajemnie nakładających się wzorów, przy napięciu przyspieszającym 50kV < 20nm (tryb wysokiej rozdzielczości pisania)”;
6. poz. 2.3.1.13.3: „Dokładność sklejania wzorów sąsiadujących, dokładność centrowania wzajemnie nakładających się wzorów, przy napięciu przyspieszającym 25kV lub 20kV < 20nm (tryb wysokiej rozdzielczości pisania)”;
7. poz. 2.3.1.13.6: „Dokładność sklejania wzorów sąsiadujących, dokładność centrowania wzajemnie nakładających się wzorów, przy napięciu przyspieszającym 25kV lub 20kV < 40nm (tryb wysokiej rozdzielczości pisania)”;
8. poz. 2.3.1.17: „Korekcja aberracji związanych z odchyleniem wiązki: dynamiczna korekcja ostrości dynamiczna korekcja stygmatyzmu za pomocą całkowicie elektrostatycznego układu korekcji”;

Niezgodności treści oferty Konsorcjum IDS-Bud z treścią siwz stwierdzone w załączniku wg. wzoru nr 4 do oferty Konsorcjum IDS-BUD:

1. poz. 4, 5, 6 Szafy na trzy butle, dwie butle, gazowe rozdzielacze VMB:

Konsorcjum IDS-BUD w kolumnie model i typ oświadczyło niezgodnie ze stanem faktycznym, że są to urządzenia bez oznaczenia katalogowego. Na stronie producenta - firmy SVCS Process Innovation - znajduje się opisany typ i model dostępnych szaf na trzy butle, dwie butle, gazowe rozdzielacze VMB jako SV Deli - załącznik nr 1. Brak opisu modelu i typu w ofercie powoduje, że zamawiający nie wie, jaki produkt oferuje Konsorcjum IDS-BUD S.A.

2. poz. 8 Płytkowe wymienniki ciepła wody chłodzącej:

Konsorcjum IDS- BUD w kolumnie model i typ podało jedynie typ, nie opisując modelu wymiennika, opisanego w katalogach producenta Alfa-Laval, jako płytowe uszczelkowe wymienniki ciepła - załącznik nr 2

3. poz. 9 Pompy podwójne z proporcjonalną regulacją ciśnienia wody chłodzącej:

W załączniku nr 4 do oferty „Opis kluczowych urządzeń/systemów/materiałów oferowanych przez wykonawcę w zakresie robót budowlanych” przygotowanych przez IDS - BUD brak następujących pomp:

- 2 głównych pomp wody chłodzącej (pompy podwójne z proporcjonalną regulacją ciśnienia wody chłodzącej o parametrach $V=940\text{m}^3/\text{h}$, $H=10\text{m}$ słw., $N=45\text{kW}$,
- pomp krótkich obiegów wody chłodzącej (59 sztuk) o różnych parametrach,
- pomp krótkich obiegów wody grzewczej (33 sztuki) o różnych parametrach.

4. poz. 10 Stacja zmiękczenia wody dejonizowanej:

Zgodnie z postanowieniami siwz oraz wzoru załącznika wymagane jest podanie typu, model, producenta zastosowanej membrany odgazowującej. Konsorcjum IDS-BUD podało wyłącznie wymiary membrany, nie podając danych dotyczących modelu, ani typu membrany. Jest to parametr krytyczny ponieważ od typu membrany zależy, jaki gaz będzie usuwany. W kolumnie producent oferent błędnie podał nazwę typoszeregu membran, a nie nazwę producenta membrany. Uquicel jest nazwą produktu, a nie nazwą producenta. Producent to Membrana - Charlotte (USA) lub Membrana GmbH (Niemcy), Jako dowód odwołujący przedstawił karty katalogowe membran Liquicel z opisem producenta.

5. poz. 11 Instalacja Odwróconej osmozy wody dejonizowanej:

Konsorcjum IDS-BUS w pozycjach 10, 11, 12, 13, 14 nie wskazało producenta, typu i modelu szeregu kluczowych elementów opisanych w specyfikacji, np.:

- Lampa UV 185 nm poz. sch. 18A,B,C
- Wymiennik jonitowy z jonitem nieregenerowalnym poz. sch. 19A,B,C
- Układ odgazowania membranowego z wyposażeniem poz. sch. 20A,B,C
- Lampa UV 185 nm poz. sch. 21A,B,C
- Wymiennik jonitowy z jonitem nieregenerowalnym poz. sch. 22A,B,C
- Filtr ochronny mikrobiologiczny 0,22 um sterylny poz. sch. 23A,B,C
- Układ ultrafiltracji wody poz. sch. 24A,B,C
- Pomiar przewodności na pętli poz. sch. 25A,B,C
- Pomiar TOC na pętli poz. sch. 26A,B,C
- Lampa UV 185 nm poz. sch. 27A,B,C

6. poz. 14 Pompy higieniczne wody dejonizowanej:

Zaproponowane pompy dla wody dejonizowanej nie spełniają wymagań zamawiającego. Wszystkie zaproponowane pompy posiadają silnik 7,5 kW, w związku

z czym nie są w stanie osiągnąć wymaganej projektem wydajności dla dwóch obiegów, dla których założono punkty pracy 12 i 16m³/h przy 10 barach. Powyższe wydajności są poza zakresem przedstawionej pompy nawet przy zastosowaniu wirnika największej średnicy. Aby osiągnąć wymagane wydajności, pompy muszą posiadać silniki odpowiednio większe:

- dla 12m³/h, 10 bar- silnik minimum 11kW,
- dla 16m³/h, 10bar - silnik minimum 15kW.

Odwołujący załączył ich charakterystykę z maksymalnym zakresem pracy dla pompy zaproponowanej przez konkurencję - punkty pracy, znajdujące się w części wykresu rysowanej liniami przerywanymi, są poza zakresem danej pompy wyspecyfikowanej w nagłówku, w tym przypadku 7,5kW oraz dwie charakterystyki z poprawnie dobranymi pompami 11kw i 15 kW.

7. poz. 18 Centrale wentylacyjne:

Konsorcjum IDS-BUD oferuje centrale wentylacyjne Dan-Poltherm typu DP. Zamawiający wymaga atestu higienicznego central dla pomieszczeń typu clean room. Atest higieniczny dla central DP Dan-Poltherm wyłącza możliwość ich stosowania w pomieszczeniach o podwyższonych wymaganiach higienicznych. Konsorcjum IDS-BUD oferuje obudowy central wentylacyjnych VTS Polska Sp z o.o. Obudowa central VTS Ventus oferowanych przez Konsorcjum IDS-BUD oparta jest o panele typu sandwich wykonane z dwóch warstw blachy i izolacji z pianki poliuretanowej pomiędzy nimi. (źródło: strona internetowa producenta).

VTS posiada certyfikat Eurovent. Na stronie internetowej Eurovent podane są certyfikowane (przebadane potwierdzone) parametry akustyczne obudowy VTS. Parametry izolacyjności akustycznej urządzeń oferowanych przez Konsorcjum IDS-BUD są znacznie gorsze od wymaganych w przez zamawiającego, a tym samym oferowane urządzenia nie spełniają wymogów siwz. Wykonawca nie może przedstawiać wyjaśnień, że są to centrale w wykonaniu specjalnym, ponieważ tego nie zaznaczył w swojej ofercie, a technologia stosowana przez producenta VTS - masowa produkcja oparta na dostawach kooperantów, nie pozwala na wprowadzenie istotnych zmian w konstrukcji - np. jest możliwa zmiana blachy z ocynkowanej na powlekaną - ale nie grubość izolacji. To oznacza z kolei, że ww. wykonawca nie oferuje urządzeń zgodnych z siwz.

8. poz. 17 Nawilżacze parowe do instalacji klimatyzacji"

Zamawiający w specyfikacji określił wymagania: „Nawilżacze parowe z przewodami parowymi i lancami parowymi kanałowymi, z przystawką regulacyjną proporcjonalną, laboratoryjne, przystosowane do pracy na wodzie nieuzdatnionej”.

Konsorcjum IDS-BUD zaoferowało nawilżacze MkS Visual 10 + RFS, które nie spełniają wymagań dotyczących wykonania laboratoryjnego. W dokumentacji nawilżacza udostępnionej przez producenta, typ Visual opisany jest jako „do zastosowań

standardowych", do zastosowań laboratoryjnych przewidziany jest inny typ nawilżacza - Process.

9. poz. 20 Scrubbery do instalacji neutralizacji

Zgodnie wymaganiami zamawiającego wykonawcy mieli wskazać w załączniku nr 4 do oferty 'Opis kluczowych urządzeń/systemów/materiałów oferowanych przez wykonawcę" gabaryty urządzenia producenta. Wykonawca IDS-BUD S.A. podał jedynie producenta, bez wskazania jakichkolwiek wymaganych parametrów, jakimi są gabaryty urządzenia.

ZARZUT IV - naruszenie zasady jawności postępowania

Zamawiający zaniechał odtajnienia oferty Konsorcjum IDS-BUD, co w konsekwencji uniemożliwiło odwołującemu realizację podstawowego uprawnienia gwarantowanego wykonawcom biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jakim jest prawo do kontroli prawidłowości czynności podejmowanych przez zamawiającego. W świetle art. 8 ust 3 Pzp nieujawnione do informacji publicznej mogą być wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 11 ust 4).

Za posiadające przymiot tajemnicy można uznać tylko takie informacje, które są znane jedynie poszczególnym osobom lub określonej grupie osób. Wyłączenie jawności nie może się rozciągać na informacje powszechnie znane lub te, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć.

O braku spełnienia przesłanek decydujących o posiadaniu przez informacje zawarte w załącznikach nr 3 i 4 do oferty Konsorcjum IDS-BUD przesądza jednoznacznie fakt, iż w unieważnionym prowadzonym uprzednio postępowaniu ww. wykonawca nie dokonał analogicznego zastrzeżenia. Nie można objąć tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które raz już ujawniono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający odmówił odwołującemu dostępu do pełnej treści oferty, w tym w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa. Powyższe skutkowało przeprowadzeniem postępowania z naruszeniem naczelnej zasady - jawności postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Samo złożenie wyjaśnień przez Konsorcjum IDS-BUD nie może być podstawą do jej ograniczenia. Zamawiający bezkrytycznie potraktował zastrzeżenie dokonane przez Konsorcjum.

ZARZUTY V, VI, VII - dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę, który winien zostać wykluczony z postępowania

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania. Jej zachowanie przejawia się stosowaniem jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji.

Tymczasem w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający zaniechał tak szczegółowego i skrupulatnego badania i oceny oferty Konsorcjum IDS-BUD, z jaką weryfikował ofertę odwołującego. Powyższe doprowadziło do uznania, iż ww. wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w punkcie 8.1.1. lit. a oraz lit. b siwz, pomimo złożenia nieprawdziwych informacji oraz pominięcia przez zamawiającego oczywistych i istotnych błędów w ofercie konsorcjum, stanowiących o jej niezgodności z treścią siwz. W konsekwencji doprowadziło to do wyboru oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej, tym samym przesadzając o naruszeniu przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący podkreślił, iż z powodu tożsamyh niezgodności treści oferty z treścią siwz zamawiający odrzucił ofertę odwołującego.

Konsorcjum IDS-BUD zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wykonawca, wniósł o odrzucenie odwołania, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 i pkt 5 Pzp.

Zamawiający nie złożył na piśmie odpowiedzi na odwołanie. Na posiedzeniu wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 Pzp, jako dotyczącego zarzutów zgłoszonych po upływie ustawowego terminu oraz zarzutu wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego, która została wykonana przez zamawiającego, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 16 września 2013 r. sygn. akt. KIO 2099/13.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez Konsorcjum IDS-BUD spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2, pkt 3 i pkt 5 Pzp. Wobec cofnięcia przez odwołującego na posiedzeniu zarzutu

dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania w zakresie tego zarzutu (pkt VII odwołania), jako odwołania wniesionego na czynność wykonaną przez zamawiającego, zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 16 września 2013 r., sygn. akt KIO 2099/13 (art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp). Izba stwierdziła również, że zarzuty zawarte w pkt I, II, III odwołania, tj. zarzuty naruszenia:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy: Konsorcjum IDS-BUD S.A., Korporacja „Altis-Holding”, który złożył nieprawdziwe informacje w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, mające wpływ na wynik postępowania;
- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy: Konsorcjum IDS-BUD S.A., Korporacja „Altis-Holding”, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w punkcie 8.1.1. lit. a i lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD S.A., Korporacja „Altis-Holding”, pomimo że treść oferty ww. wykonawcy nie odpowiada treści siwz w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania, zostały podniesione po upływie ustawowego terminu, tj. po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp wobec czynności pierwszej oceny ofert, dokonanej przez zamawiającego w dniu 20 sierpnia 2013 r. Wówczas to odwołujący powziął wiadomość o okoliczności, że oferta Konsorcjum IDS-BUD nie została odrzucona, a wykonawca nie został wykluczony. Jak wskazano w uzasadnieniu poniżej, odwołujący spełniał wówczas przesłanki do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba uznała jednocześnie, że zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia oraz udostępnienia odwołującemu oferty złożonej przez Konsorcjum: IDS-BUD S.A., Korporacja „Altis-Holding” oraz części złożonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień - w części dotyczącej wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w dniu 20 września 2013 r. w ramach powtórzonych czynności badania i oceny ofert (na skutek wyroku KIO 2099/13), które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa - został podniesiony z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp wobec czynności z dnia 23 września 2013 r. Z zachowaniem ww. terminu zostało wniesione odwołanie także w zakresie zarzutu dotyczącego wyboru oferty Konsorcjum IDS-BUD, jako najkorzystniejszej, tj. naruszenia art. 91 ust. 1 i ust. 2 Pzp, w kontekście naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Czynność ta jest nową czynnością w postępowaniu, a wobec tego zarzuty te nie mogły być podniesione przez odwołującego na wcześniejszym etapie.

Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego o odrzucenie odwołania, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. Izba nie stwierdziła przesłanek formalnych w tym

zakresie i uznała, że legitymacja materialno-prawna wykonawcy do wniesienia odwołania podlega ocenie na rozprawie w oparciu o art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący Budimex S.A. nie wykazał przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, potwierdzających legitymację materialno-prawną odwołującego do wniesienia odwołania, a tym samym odwołanie podlegało oddaleniu.

Posiadanie legitymacji czynnej przez odwołującego podlega badaniu przez Izbę w kontekście dopuszczalności wniesienia odwołania. Stwierdzenie, że odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia środka ochrony prawnej prowadzi do oddalenia odwołania bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone dwie oferty, tj. oferta Budimex S.A. i oferta Konsorcjum IDS-BUD.

W dniu 20 sierpnia 2013r. zamawiający dokonał pierwszej oceny ofert i poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy Budimex S.A. Na drugiej pozycji została sklasyfikowana oferta Konsorcjum IDS-BUD.

Wobec powyższej czynności Konsorcjum IDS-BUD wniosło odwołanie, zarzucając m.in. niezgodność treści oferty złożonej przez Budimex S.A. z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uczestnikiem tego postępowania odwoławczego był Budimex S.A., przystępując do postępowania po stronie zamawiającego. Wobec czynności z dnia 20 sierpnia 2013 r. w zakresie zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD, Budimex S.A. nie wnosił odwołania.

W wyniku wniesionego odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 września 2013 r. (sygn. akt KIO 2099/13) nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Budimex S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na to, że treść tej oferty nie odpowiada treści siwz.

Zamawiający w dniu 23 września 2013 r. powtórzył czynność oceny ofert – odrzucił ofertę złożoną przez Budimex S.A. i dokonał wyboru oferty Konsorcjum IDS-BUD, jako najkorzystniejszej.

Wykonawca Budimex S.A. wniósł wobec powyższych czynności odwołanie w dniu 2 października 2013 r., podnosząc zarzuty dotyczące oferty złożonej przez Konsorcjum IDS-BUD oraz zarzut w pkt 7 odwołania – dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, że oferta ta jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W toku posiedzenia odwołujący następnie wycofał ten zarzut.

Odwołujący, podtrzymując argumentację, jak w odwołaniu, wyjaśnił na posiedzeniu, że wnosił skargi na wyrok KIO z dnia 16 września 2013 r., w którym Izba nakazała m.in. odrzucenie oferty odwołującego. Wskazywał, że może ponieść szkodę na skutek zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD, która jest niezgodna z treścią siwz, gdyż nie będzie mógł uzyskać zamówienia w przyszłym postępowaniu na ten sam przedmiot zamówienia, jeśli zostanie podpisana umowa z ww. wykonawcą, pomimo tego, że jego oferta podlega odrzuceniu. Podnosił również, że nie mógł wnieść odwołania wobec czynności z dnia 20 sierpnia 2013 r. – w zakresie zaniechania odrzucenia oferty drugiej w kolejności, z uwagi na brak możliwości wykazania interesu i szkody w skarżeniu oferty skalsyfikowanej niżej, gdyż jego oferta została wówczas uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

W tak ustalonym stanie faktycznym, Izba zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek: (1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, (2) poniósł lub może ponieść szkodę, (3) poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a szkoda ta jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Pierwsza z ww. przesłanek wskazująca, że legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej służy takiemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia. Nie może ona zostać spełniona przez wykazanie posiadania interesu, rozumianego jako zainteresowanie w rozstrzygnięciu, które nie może być poparte normą prawa materialnego. Odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia wniesionego środka ochrony prawnej.

Jak wynika z brzmienia analizowanego przepisu, interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi „danego” zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podmiot wnoszący odwołanie, nie może powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego przewidywanego w przyszłości zamówienia. Zgodnie z definicją zamówienia publicznego zawartą w art. 2 pkt 13 Pzp, przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których

przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Podkreślić zatem należy, że zamówienie publiczne (umowa) posiada określone cechy (w szczególności elementy istotne), które są niepowtarzalne, zostały określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz są ściśle związane z prowadzonym postępowaniem. Dlatego zamówienia nie można identyfikować wyłącznie przez tożsamość przedmiotu zamówienia. Nie można wykluczyć sytuacji, iż w przypadku unieważnienia danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia na ten sam przedmiot zamówienia nie zostanie w ogóle wszczęte.

Art. 179 ust. 1 Pzp wymaga także, aby łącznie z interesem w uzyskaniu danego zamówienia odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę. Szkada może być rozumiana zarówno jako szkoda majątkowa lub niemajątkowa. Zauważyć należy, iż utrata możliwości uzyskania zamówienia ma głównie charakter ekonomiczny, a zatem szkoda zasadniczo przyjmuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia charakter szkody majątkowej.

Ponadto, szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym (zwykłym) następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej ukierunkowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia (wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu). Odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych ma na celu doprowadzenie do wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej i uzyskanie przez niego zamówienia. Takie stanowisko zaprezentował też Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, który w odniesieniu do oceny interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody wskazał, że „[...] przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.), w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarcza zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak [...] nie pełni funkcji

publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia” oraz o „szkodzie”, ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. [...] W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia” i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy. Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by mogła nieograniczona podmiotowo możliwość kwestionowania wyników wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby to pożywka dla tych wszystkich, którzy - z różnych powodów - widzieliby korzyść w paraliżowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Koncepcja powyższa znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w ustawie w postaci dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. UE. L.89.395.33, ze zm.), gdzie w art. 1 normującym zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych prawodawca posłużył się taką samą formułą, stanowiąc w pkt. 3, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.” Sąd Okręgowy dał zatem wyraz przekonaniu, że przesłanki materialnoprawne, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, muszą być odnoszone do rzeczywistej możliwości uzyskania przez wykonawcę danego zamówienia oraz rzeczywistego poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku zarzucanego naruszenia przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby do tego też nawiązuje wprost brzmienie art. 179 ust. 1 Pzp, który wskazuje na konieczność posiadania przez odwołującego się

wykonawcę „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”. Dane zamówienie - to konkretne zamówienie – przedmiot, warunki, procedura, czas i miejsce realizacji oraz pozostałe elementy świadczenia, do którego zobowiązuje się wykonawca.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego w rozpoznawanej sprawie, należy wskazać, że odwołujący niewątpliwie miał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę i ubiegał się o udzielenie zamówienia. Na wcześniejszym etapie oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza spośród dwóch ofert złożonych w tym postępowaniu.

Odwołujący kwestionuje obecnie wybór oferty najkorzystniejszej i zarzuca zaniechanie odrzucenia oferty wybranej w sytuacji, gdy złożona przez niego samego oferta została odrzucona w oparciu o wyrok KIO, który nie został zaskarżony przez odwołującego (przez żadną ze stron) do sądu okręgowego. Powyższe wskazuje, że podważając wybór oferty najkorzystniejszej z dnia września 2013 r. odwołujący nie ma już możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, nawet w przypadku uwzględnienia odwołania, ponieważ jego oferta została odrzucona i nie może być przywrócona do tego postępowania.

Odwołujący tym samym nie może ponieść szkody w związku z naruszeniem przepisów wskazanych w odwołaniu, tj. w związku z wyborem oferty Konsorcjum IDS-BUD jako oferty najkorzystniejszej. Sam odwołujący przyznał na posiedzeniu i rozprawie, że możliwość poniesienia szkody przez odwołującego może zmaterializować się w braku możliwości uzyskania zamówienia w przyszłym postępowaniu. Co prawda żądanie unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zostało zawarte w odwołaniu, ale biorąc pod uwagę, że odwołujący żąda odrzucenia oferty jedynej pozostałej w tym postępowaniu, odwołanie to ewidentnie zmierza do unieważnienia postępowania, a zatem nie ma na celu uzyskania danego zamówienia przez odwołującego.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie, odwołujący nie wykazał, że spełnia łącznie przesłanki, konieczne dla uzyskania legitymacji do wniesienia odwołania. Nie wykazał w szczególności faktu poniesienia szkody lub możliwości jej poniesienia w ramach toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wraz z okolicznością, że szkoda ta jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu i pozostaje w adekwatnym związku z tym naruszeniem. Izba stwierdziła tym samym, że odwołujący nie wykazał szkody, która pozostawałaby w związku przyczynowym z zarzucanym w odwołaniu naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, która byłaby normalnym następstwem, wynikającym z naruszenia przepisów ustawy Pzp w wyniku wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Podkreślić należy również, że w ocenie Izby dowołujący niesłusznie uznał, na co wskazywał w odwołaniu, że w momencie pierwszej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, nie był on w stanie wykazać legitymacji do wniesienia odwołania w zakresie zakwestionowania oferty znajdującej się na drugiej pozycji. Podkreślić bowiem należy, że legitymacja ta jest oceniana zawsze w odniesieniu do konkretnej sytuacji wykonawców w postępowaniu i badana na rozprawie (na moment rozpoznawania odwołania), a zatem w sytuacji, gdy oferta odwołującego została zakwestionowana w odwołaniu wniesionym przez drugiego wykonawcę, niewątpliwie wykonawca wybrany byłby legitymowany do podnoszenia zarzutów wzajemnych w stosunku do oferty znajdującej się na drugiej pozycji, gdyż interes Budimex S.A. w uzyskaniu zamówienia został w ten sposób zagrożony, co stanowiło również o możliwości poniesienia przez ww. wykonawcę szkody. Wskazać przy tym należy, że właśnie w tym kontekście zapadło orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-100/12 z dnia 4 lipca 2013 r., na które powołał się odwołujący w odwołaniu. Izba zauważa także, wniesione w ten sposób przez odwołującego odwołanie (wobec czynności oceny ofert z dnia 20 sierpnia 2013 r.) wbrew twierdzeniu odwołującego zostałoby uwzględnione w świetle art. 192 ust. 2 Pzp w przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia Konsorcjum IDS-BUD, gdyż biorąc pod uwagę wynik w sprawie KIO 2099/13 (nakazanie odrzucenia oferty Budimex S.A.) uwzględnienie odwołania wniesionego przeciwko ofercie drugiego wykonawcy, skutkowałoby zmianą wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez odrzucenie obu ofert, złożonych w tym postępowaniu.

Ponieważ odwołujący nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek, wynikających z art. 179 ust. 1 Pzp, uzasadnione i konieczne jest oddalenie odwołania.

W oparciu o stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba oddaliła odwołanie, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....