

Sygn. akt: KIO/1706/10

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 10 sierpnia 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „SOLVER” Sp. z o.o., ul. Zagórska 167, 42-600 Tarnowskie Góry (pełnomocnik), PGB Polterm Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 2, 11-034 Stawiguda** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Ruda-Huta, ul. Niepodległości 4, 22-110 Ruda-Huta,**

przy udziale **Stanisława Markiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „NOVUM” Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej Stanisław Markiewicz, ul. Wyszyńskiego 2, 38-400 Krosno** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „SOLVER” Sp. z o.o., ul. Zagórska 167, 42-600 Tarnowskie Góry (pełnomocnik), PGB Polterm Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 2, 11-034 Stawiguda** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „SOLVER” Sp. z o.o., ul. Zagórska 167, 42-600 Tarnowskie Góry (pełnomocnik), PGB Polterm Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 2, 11-034 Stawiguda** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Gmina Ruda-Huta, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zaprojektowanie, dostawę i montaż indywidualnych zestawów płaskich kolektorów słonecznych dla mieszkańców gospodarstw domowych i użytkowych budynków podległych gminie Ruda-Huta w ramach programu: Ochrona walorów środowiskowych Gminy Ruda-Huta poprzez zmniejszenie emisji szkodliwych związków do atmosfery”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 lipca 2010 r., poz. 176529.

W dniu 5 sierpnia 2010 r. (pismem z dnia 4 sierpnia 2010 r.) Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „SOLVER” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach (pełnomocnik) i PGB „POLTERM” Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Stawiguda, zwanych dalej „Odwołującym” o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a więc ze względu na to, że treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ” - pkt V.1.a programu funkcjonalno-użytkowego, zwanego dalej „PFU”, tj. z uwagi na to, że zaoferowane kolektory słoneczne nie spełniają postawionych wymogów określonych w SIWZ i PFU, a ponadto potwierdzonych dodatkowych odpowiedziami na zadawane przez wykonawców pytania. Nadto szczegółowo wskazał niezgodności, tj.:

1.kwadratowy współczynnik przenikania ciepła a_2 : 0,0018 W/(m²*K²):

zamiast:

kwadratowy współczynnik przenikania ciepła a_2 : 0,0036 W/(m²*K²):

2.obudowa: aluminium

zamiast:

obudowa: tworzywo sztuczne ABS zapewniająca odporność na promienie UV z co najmniej 10 letnią gwarancją producenta;

3.układ hydrauliczny absorbera – harfa podwójna

zamiast:

układ hydrauliczny absorbera – harfa pojedyncza.

W dniu 10 sierpnia 2010 r. (pismem z dnia 8 sierpnia 2010 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 10 sierpnia 2010 r.) wobec czynności Zamawiającego polegającej na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego,
2. nieodrżuceniu ofert wykonawców:
 - a) Stanisława Markiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej NOVUM Stanisław Markiewicz z siedzibą w Krośnie, zwanego dalej „NOVUM”,
 - b) ENVIROTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwanego dalej „ENVIROTECH”,
 - c) ECOTERM Sp. z o.o. z siedzibą w Łowiczu, zwanego dalej „ECOTERM”,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego,
3. art. 89 ust. 1, pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieodrżucenie ofert wykonawców: NOVUM, ENVIROTECH, ECOTERM.

Jednocześnie wnosząc o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy NOVUM,
2. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert,
3. odrzucenie ofert wykonawców: NOVUM, ENVIROTECH i ECOTERM,
4. nakazanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż rzekome niezgodności stanowią w istocie (współczynnik a_2 , kolektor z układem hydraulicznym absorbera) ofertę równoważną. Jednocześnie wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu badań kolektorów słonecznych na okoliczność czy zaoferowane przez Odwołującego zestawy kolektorów słonecznych można uznać za równoważne w stosunku do zestawów kolektorów słonecznych w PFU.

Pismem z dnia 11 sierpnia 2010 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca NOVUM otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 13 sierpnia 2010 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca NOVUM, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Odwołujący, z uwagi na treść art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, ograniczył na rozprawie podniesione zarzuty wyłącznie do zarzutu odrzucenia jego oferty.

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.

Niewątpliwym jest, iż Odwołujący ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która w wyniku oceny dokonanej przez Zamawiającego, została - jak podniósł Odwołujący – odrzucona z naruszeniem przepisów ustawy.

Niemniej jednak środki ochrony prawnej może wnosić taki wykonawca, który nie tylko, że legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia, ale poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. Tak więc w świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp szkoda musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego, co oznacza, iż musi ona pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy Pzp. Tym samym koniecznym jest wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Na podstawie akt niniejszego postępowania ustalono, iż w przedmiotowym postępowaniu złożono sześć ofert. Oferta Odwołującego opiewała na kwotę 4.919.142,98 zł. Ceny pozostałych ofert, które sklasyfikowane są, jak również byłyby, gdyby ocenie podlegała oferta Odwołującego, na pozycjach wyższych od jego oferty, wynoszą 4.747.000,00 zł (oferta sklasyfikowana na pierwszej pozycji w rankingu ofert), 4.778.282,82 zł (oferta sklasyfikowana na pozycji drugiej w rankingu ofert), 4.789.945,00 zł (oferta sklasyfikowana na pozycji trzeciej w rankingu ofert). Oznacza to, iż w rankingu cenowym

oferta Odwołującego, przy jedynym kryterium oceny ofert w tym postępowaniu jakim jest cena (rozdział 13 „Kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej (...)” - s. 9 SIWZ) zajęłaby czwarte miejsce w razie nie dokonania czynności jej odrzucenia.

Odwołujący nie wykazał, iż przy braku odrzucenia jego oferty, realnym byłby taki wynik postępowania, w następstwie którego zostałaaby z nim zawarta umowa, a tym samym skutek naruszenia ustawy mógł on ponieść szkodę. Niewielkie różnice w punktacji poszczególnych ofert – wbrew twierdzeniom Odwołującego – nie przesądzają o fakcie poniesienia szkody, tym samym argumenty te nie zasługują na uwzględnienie.

Aktualne brzmienie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje bowiem na konieczność wykazania, iż szkoda została poniesiona w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy lub też udowodnienia przez wykonawcę możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy. To Odwołujący, wnosząc odwołanie powinien był wykazać możliwość poniesienia szkody wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy np. poprzez bezprawne – w jego ocenie – odrzucenie oferty, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, czego jednak nie uczynił.

Skoro więc art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania łącznego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, biorąc pod uwagę okoliczność, iż Odwołujący nie wykazał możliwości poniesienia szkody, stwierdzić należy, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek.

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. 4 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....