

WYROK

z dnia 11 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2013r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **W..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W..... S..... BAU-POL, ul. Mikołaja Reja 10, 33-300 Nowy Sącz** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto i Gmina Mszana Dolna, ul. Józefa Piłsudskiego 2, 34-730 Mszana Dolna,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża W..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W..... S..... BAU-POL, ul. Mikołaja Reja 10, 33-300 Nowy Sącz i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez W..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W..... S..... BAU-POL, ul. Mikołaja Reja 10, 33-300 Nowy Sącz tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od W..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W..... S..... BAU-POL, ul. Mikołaja Reja 10, 33-300 Nowy Sącz na rzecz Miasta i Gminy Mszana Dolna, ul. Józefa Piłsudskiego 2, 34-730 Mszana Dolna kwotę 3 860 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

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 **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto i Gmina Mszana Dolna, ul. Piłsudskiego 2; 34-730 Mszana Dolna, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę części placu targowego przy ul. Orkana w Mszanie Dolnej obejmującą utwardzenie nawierzchni, budowę budynku szalet, wiat i straganów handlowych wraz z infrastrukturą techniczną” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 listopada 2012 roku pod pozycją 459144.

Zamawiający dnia 17 grudnia 2012 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BAU-POL W..... S....., ul. M. Reja 10; 33-300 Nowy Sącz.

Dnia 22 grudnia 2012 roku wykonawca W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BAU-POL W..... S....., ul. M. Reja 10; 33-300 Nowy Sącz (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż oferta odwołującego może zostać wybrana, jako najkorzystniejsza – po powtórny badaniu i ocenie ofert przez zamawiającego. W ocenie odwołującego istnieje szansa na wybór, jako najkorzystniejszej jego oferty, po wykluczeniu z postępowania wykonawcy Bruk-Bud s.c. lub odrzuceniu oferty tego wykonawcy, która błędnie została przez zamawiającego przyjęta, jako najkorzystniejsza.

W ocenie odwołującego zamawiający naruszył przepisy:

- 1) art. 7 ustawy Pzp, poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również nie zachowania zasady udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, poprzez błędną ocenę, że oferta odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny,

- 3) art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, poprzez ich błędne, niezasadne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego na skutek uznania przez zamawiającego, iż zachodzą uchybienia, które nie mogą zostać poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż uchybienia te mają taki charakter, iż w razie ich poprawienia doszłoby do istotnej zmiany w treści oferty,
- 4) art. 29 ust. 1, 2 i 3, art. 91 ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, poprzez użycie w opisie przedmiotu zamówienia nazw własnych materiałów lub urządzeń przy równoczesnym dopuszczeniu materiałów równoważnych bez wykazania, że zaistniały przesłanki do stosowania przez zamawiającego takich nazw własnych, jak również bez ustanowienia precyzyjnych kryteriów pozwalających uznać równoważność rozwiązań odmiennych od przyjętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 5) art. 90 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie przez zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „BRUK-BUD” s.c., która została uznana za najkorzystniejsza, pomimo rażącej różnicy pomiędzy kosztorysem wstępnym zamawiającego, a ofertą wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

W ocenie odwołującego zamawiający, niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, dokonał czynności:

1. Rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu i dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy – Firma Handlowo-Usługowa BRUK-BUD s.c.
2. Odrzucenia oferty odwołującego.

oraz zaniechał czynności:

1. Odrzucenia oferty wykonawcy – Firma Handlowo-Usługowa BRUK-BUD s.c., pomimo istnienia przesłanek do jej odrzucenia.
2. Wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy – Firma Handlowo-Usługowa BRUK-BUD s.c., która została uznana za najkorzystniejszą, pomimo rażącej różnicy pomiędzy kosztorysem wstępnym zamawiającego, a ofertą wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o:

1. Uchylenie lub unieważnienie czynności zamawiającego - odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego.
2. Uchylenie lub unieważnienie czynności zamawiającego - unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert.

3. Zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów dojazdu.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 21 grudnia 2012 roku.

Zamawiający, dnia 28 grudnia 2012 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 8 stycznia 2013 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca F.H.U. Bruk-Bud s.c. z siedzibą w Mszanie Dolnej.

Zamawiający dnia 11 stycznia 2013 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania, ewentualnie o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym, w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym zastosowanie znajduje przepis art. 180 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

W związku z powyższym Izba bez rozpoznania pozostawiła zarzuty odwołania dotyczące innych czynności bądź zaniechań zamawiającego ponad te, które dotyczyły odrzucenia oferty odwołującego, tj. bez rozpoznania Izba pozostawiła zarzuty dotyczące naruszenia przepisów art. art. 29 ust. 1, 2 i 3, art. 91 ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 oraz art. 90

ustawy Pzp oraz zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty bądź wykluczenia wykonawcy F.H.U. Bruk-Bud s.c. z siedzibą w Mszanie Dolnej.

Nadto, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący nie posiada interesu w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Wskazać należy, że krąg podmiotów legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej w trakcie postępowania o udzielenia zamówienia publicznego określa art. 179 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem warunkiem przysługiwania środków ochrony prawnej, do których należy odwołanie, jest posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący uzasadniając posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia, w treści swojego odwołania warunkuje uzyskanie przedmiotowego zamówienia od dokonania zaniechanych przez zamawiającego czynności dotyczących, oferty, jak i samego wykonawcy F.H.U. Bruk-Bud s.c., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy lub wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Ponadto odwołujący wskazuje na wadliwość czynności zamawiającego w zakresie odrzucenia własnej oferty.

Izba wskazuje, że posiadanie interesu, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, musi zostać ocenione pod kątem osiągnięcia zamierzonego celu – uzyskania zamówienia, w kontekście zasadności i możliwości podnoszenia zarzutów względem czynności czy zaniechań zamawiającego. Taki kontekst sytuacyjno-prawny, czyli zespół okoliczności, który faktycznie umożliwi odwołującemu uzyskanie zamówienia umożliwia uznanie posiadania interesu w trybie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Przeciwna ocena uchyla pozytywną ocenę tegoż interesu i jako przesłanka merytoryczna możliwa do rozpoznania na rozprawie warunkuje oddalenie odwołania przez uznanie braku posiadania interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Izba stwierdziła, że oferta odwołującego została oceniona przez zamawiającego w sposób nieprawidłowy, tj. zamawiający niezgodnie z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych odrzucił ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby powyższe pozostaje jednakże bez wpływu na wynik postępowania, co z kolei ma wpływ ustalenia braku interesu po stronie odwołującego.

Wskazać bowiem należy, że przywrócenie oferty odwołującego do postępowania nie wywoła skutku w postaci uzyskania przez odwołującego zamówienia, gdyż oferta wykonawcy F.H.U. Bruk-Bud s.c. dalej pozostaje ofertą najkorzystniejszą – zawierającą najniższą cenę. W niniejszym postępowaniu można rozważyć również sytuację hipotetyczną, w której zamawiający korygując swoje błędy poczynione w odniesieniu do oferty odwołującego, musiałby skorygować swoje błędy również w odniesieniu do pozostałych czterech ofert, które

odrzuć na podstawie tego samego błędnego uznania o braku możliwości poprawienia oferty w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, i odrzuć je na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jednocześnie wykluczając wykonawcę F.H.U. Bruk-Bud s.c. i odrzucając jego ofertę. Taka sytuacja jednakże nie wywoływałaby oczekiwanego skutku, po stronie odwołującego, gdyż pozostałe cztery oferty zawierają ceny niższe niż oferta odwołującego, co wyklucza uzyskanie przez niego zamówienia, gdyż jedynym kryterium oceny ofert, jest cena – 100%.

Należy wskazać, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy sytuacja odwołującego *de facto* nie ulega zmianie. Powyższe oznacza, że przytoczone wyżej różne okoliczności nie wywołują u odwołującego stanu, który determinowałby posiadanie przez odwołującego interesu we wniesieniu odwołania, nie wywołują u niego również skutku w postaci poniesienia szkody.

Za zasadne należy uznać stanowisko, iż dla wykazania interesu konieczne jest co najmniej wykazanie zagrożenia, potencjalnej możliwości prowadzącej do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, że wynik danego postępowania wpłynie na sytuację podmiotu odwołującego.

Odwołujący w przedmiotowym odwołaniu nie wykazał takiego zagrożenia.

Jak wynika z powyższego, dla uzyskania zamówienia przez odwołującego nie ma znaczenia przywrócenie jego oferty do postępowania, tym samym odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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: