

Sygn. akt KIO 1757/13

WYROK

z dnia 5 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Cenrex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-952 Warszawa, ul. Podwale 23 (lider)**, **Przedsiębiorstwo Produkcji Elementów Budowlanych „KONTENER” Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, 09-400 Płock, ul. Kostrogaj 8**, **Przedsiębiorstwo Innowacyjno Wdrożeniowe ARMPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Sulejówku, 05-070 Sulejówek, ul. Okuniewska 1 lok 2** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej – Celestynów, 05-430 Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57**,

przy udziale wykonawcy **J..... K.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Agregaty Pex Pool Plus J..... K.....** z siedzibą w **Dębicy, 32-200 Dębica, ul. Metalowców 35** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1757/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Cenrex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-952 Warszawa ul. Podwale 23 (lider); **Przedsiębiorstwo Produkcji Elementów Budowlanych „KONTENER” Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, 09-400 Płock, ul. Kostrogaj 8**; **Przedsiębiorstwo Innowacyjno Wdrożeniowe ARMPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Sulejówku, 05-070 Sulejówek, ul. Okuniewska 1 lok 2** 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 **Cenrex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-952 Warszawa, ul. Podwale 23 (lider); Przedsiębiorstwo Produkcji Elementów Budowlanych „KONTENER” Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, 09-400 Płock, ul. Kostrogaj 8; Przedsiębiorstwo Innowacyjno Wdrożeniowe ARMPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Sulejówku, 05-070 Sulejówek, ul. Okuniewska 1 lok 2** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Cenrex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-952 Warszawa, ul. Podwale 23 (lider); Przedsiębiorstwo Produkcji Elementów Budowlanych „KONTENER” Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, 09-400 Płock, ul. Kostrogaj 8; Przedsiębiorstwo Innowacyjno Wdrożeniowe ARMPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Sulejówku, 05-070 Sulejówek, ul. Okuniewska 1 lok 2** na rzecz wykonawcy **J..... K.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Agregaty Pex Pool Plus J..... K.....** z siedzibą w Dębicy, **32-200 Dębica, ul. Metalowców 35** 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 (tj. 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 **Warszawa Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej - Celestynów, 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 „Dostawę sal opatrunkowych w kontenerze oraz kontenera logistycznego Szpitala Polowego „Zakaźnego” – sprawa nr 24/2013”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 marca 2013 r., nr 2013/S 052-085152.

W dniu 10 lipca 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Cenrex Sp. z o.o. (lider), PPEB KONTENER Sp. z o.o., PIW ARMPOŁ Sp. z o.o, zwanych dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (niezgodność treści oferty z parametrami określonymi w WTT) oraz o wyborze oferty wykonawcy J..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Agregaty Pex Pool Plus J..... K..... z siedzibą w Dębicy, zwanego dalej wykonawcą „Agregaty Pex Pool Plus”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 19 lipca 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 19 lipca 2013 r.) wobec czynności z dnia 10 lipca 2013 r. podjętej w toku postępowania, polegającej na wyborze oferty wykonawcy Agregaty Pex Pool Plus jako najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty
2. ponowną ocenę ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in.:

Odnosnie zarzutu 1 odwołujący podniósł, iż zamawiający w Rozdziale V pkt. f SIWZ żądał złożenia przez Wykonawcę świadectw, że oferowany asortyment musi posiadać dokumenty dopuszczające do obrotu zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy o wyrobach medycznych z dnia 20.05.2010 (Dz. U. 2010 r. nr 107 poz. 676). Natomiast wykonawca Agregaty Pex Pool Plus nie załączył do oferty tych dokumentów, a zamawiający nie wezwał jej do ich uzupełnienia, naruszając tym samym art. 26 ust.3 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu 2 odwołujący podniósł, iż oferty wykonawcy Agregaty Pex Pool Plus wynika, iż firma ta oferuje kontener bazowy rozsuwany elektrycznie 20-stopowy 1CC (KRE20), wyposażony w samopoziomujący układ podnoszenia kontenera (SUPK). Na podstawie rysunków kontenera KRE20 załączonych do oferty, można stwierdzić, że kontener ten stanowi kontynuację dotychczasowych konstrukcji tego typu kontenerów tej firmy, zastosowanych również w poprzednich salach opatrunkowych. Kontener ten posiada samopoziomujący układ podnoszenia SUPK o rozwiązaniach konstrukcyjnych chronionych prawnie patentami ARMPOL (opisy patentów oraz materiał zdjęciowy kontenerów pozwalający wykazać naruszenie praw patentowych przedstawiamy w załączeniu).

Zamawiający, dokonując wyboru oferty wykonawcy Agregaty Pex Pool Plus przy posiadanej wiedzy na temat naruszenia praw patentowych przez firmę w zakresie oferowanego w przedmiotowym postępowaniu produktu, sam naraża się na zarzut nieuczciwej konkurencji, gdyż czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 13 ust.1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003, nr 153, poz. 1503) jest także świadome wprowadzenie do obrotu przez osobę trzecią produktów skopiowanych w sposób określony w tym przepisie (wyrok SN VCSK 162/08 z 14.11. 2008, LEX nr. 483380, OSNC-ZD 2009/3/71, Biul. SN 2009/2/11). Zarazem zamawiający naruszył art. 7 ustawy Pzp, nie zapewniając zachowania uczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 22 lipca 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca Agregaty Pex Pool Plus otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 24 lipca 2013 r. (pismem z dnia 23 lipca 2013 r.) wykonawca Agregaty Pex Pool Plus przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, 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 oferta odwołującego została skutecznie odrzucona. Zamawiający poinformował bowiem odwołującego w dniu 10 lipca 2013 r. odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, której to czynności odwołujący nie kwestionował, tracąc tym samym przymiot wykonawcy. Tak więc skuteczne odrzucenie oferty odwołującego spowodowało, iż nie ma on interesu w domaganiu się unieważnienia dokonanego przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż podniesione przez niego zarzuty kierowane pod adresem wykonawcy, którego ofertę wybrano za najkorzystniejszą, nie mogą być bowiem powoływane przez podmiot, który nie jest już uczestnikiem postępowania o zamówienie publiczne, a w niniejszym stanie faktycznym odwołujący status wykonawcy już utracił. Nie znajduje więc uzasadnienia kwestionowanie przez odwołującego czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy Agregaty Pex Pool Plus jako najkorzystniejszej.

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. Szkodą – 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 skutecznie 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 iż w wskutek podniesionych naruszeń ustawy może on ponieść szkodę. Wykazanie możliwości poniesienia szkody jest bowiem nierozzerwalnie 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, opierając się jedynie na domniemaniach i przypuszczeniach, a w obliczu niekwestionowania odrzucenia jego oferty nie był w stanie wykazać związku pomiędzy utraceniem możliwości uzyskania zamówienia a naruszeniem przepisów ustawy przez zamawiającego na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

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

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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 przystępującego i ograniczając je do wysokości 3600,00 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: