

Sygn. akt KIO/10/11

WYROK
z dnia 18 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Stanisława Pogodę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe „GAMAX”, Janusza Pogodę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Węglodrzew”, ul. Paderewskiego 19/44, 26-600 Radom od czynności Zamawiającego Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stanisława Pogodę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe „GAMAX”, Janusza Pogodę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Węglodrzew”, ul. Paderewskiego 19/44, 26-600 Radom

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Stanisława Pogodę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe „GAMAX”, Janusza Pogodę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Węglodrzew”, ul. Paderewskiego 19/44, 26-600 Radom,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 711 zł 50 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset jedenaście złotych pięćdziesiąt groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Stanisława Pogodę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe „GAMAX”, Janusza Pogodę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Węglodrzew”, ul. Paderewskiego 19/44, 26-600 Radom** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „dostawy do kopalń JSW S.A. stojaków sosnowych o śr. wck 14 - 16 cm, stojaków sosnowych o śr. wck 16-18 cm, połowic sosnowych o śr. wck 12 - 14 cm oraz stropnic sosnowych o śr. wck 8-11 cm w ilości 32673 m z terminem realizacji od daty zawarcia umowy do 31.12.2011 r.”.

Pismem z dnia 21 grudnia 2010 r. zamawiający poinformował, iż w przedmiotowym postępowaniu wybrał, jako najkorzystniejszą dla części 1, 2, 3, 4, 7 i 8, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Uslugowego „IMPEXREM” Sp. z o. o. (lider konsorcjum) oraz Jana Mikuły prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Technicznych „EMBUD” (członek konsorcjum) z siedzibą dla lidera w Sosnowcu, dalej „konsorcjum Impexrem”.

Dla części 5 i 6 jako najkorzystniejszą wskazał ofertę wykonawcy Macieja Pyrak prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. „PARTNER” Maciej Pyrak z siedzibą w Krzepicach.

Wobec takiej czynności zamawiającego pismem z dnia 28 grudnia 2010 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Stanisław Pogoda prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowe „Gamax” (lider konsorcjum) oraz Janusz Pogoda prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „Węglodrzew” (członek konsorcjum) z siedzibą dla lidera w Radomiu dalej „konsorcjum Gamax”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie polegające na przeprowadzeniu postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania oraz naruszeniu reguł uczciwej konkurencji;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na nie odrzuceniu oferty wykonawcy konsorcjum Impexrem pomimo, iż oferta ta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na złożeniu oferty zawierającej ceny towarów poniżej kosztów ich wytworzenia;

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo Zamówień Publicznych poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na nie odrzuceniu oferty wykonawcy w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę;
- 4) art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo Zamówień Publicznych, poprzez jego niezastosowanie polegające na nie wezwaniu wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący wnosił o nakazanie w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy p.z.p., dokonanie ponownej oceny ofert, z jednoczesnym odrzuceniem na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy oferty wykonawcy konsorcjum Impexrem. W uzasadnieniu podnosił, iż „oferta wykonawcy konsorcjum Impexrem stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, i jako taka winna być odrzucona na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy p.z.p. Odwołujący wskazywał, iż konsorcjum Impexrem zaoferowało sprzedaż towarów poniżej kosztów wytworzenia za cenę dumpingową. W ocenie odwołującego, zamawiający, jako podmiot zobligowany do zachowania reguł uczciwej konkurencji w toku postępowania winien badać, czy cena wskazana przez wykonawcę nie jest ceną poniżej kosztów ich wytworzenia. Ponadto odwołujący podnosił, iż cena zaoferowana przez konsorcjum Impexrem jest ceną rażąco niską. Odwołujący stwierdził, iż zamawiający zobligowany był wezwać konsorcjum Impexrem do złożenia wyjaśnień odnoszących się do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący podnosił, iż zestawiając cenę elementów podanych przez wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia z cenami wskazanymi przez pozostałych wykonawców uznac należy, iż ceny podane przez konsorcjum Impexrem są rażąco zaniżone, co uzasadnia tezę, iż oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „dostawy do kopalń JSW S.A. stojaków sosnowych o śr. wck 14 - 16 cm, stojaków sosnowych o śr. wck 16-18 cm, połowic sosnowych o śr. wck 12 - 14 cm oraz stropnic sosnowych o śr. wck 8-11 cm w ilości 32673 m z terminem realizacji od daty zawarcia umowy do 31.12.2011 r.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2010/S 204-311756 w dniu 20 października 2010 r.

Zgodnie z pkt 4.3 SIWZ zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych i podzielił zamówienie na 8 zadań.

Zgodnie z pkt 15 SIWZ zamawiający wskazał, iż po dokonaniu oceny ofert przeprowadzi w celu wyboru najkorzystniejszej oferty aukcję elektroniczną stosownie do przepisów art. 91a – 91c ustawy p.z.p.

Do upływu terminu składania ofert, swoje oferty złożyło 10 wykonawców. Izba ustaliła, iż odwołujący złożył oferty na wszystkie 8 części. Po dokonaniu oceny złożonych ofert zamawiający zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej do każdej z części, wszystkich 10 wykonawców.

Izba ustaliła, iż odwołujący został zaproszony do aukcji elektronicznej w ramach wszystkich części zamówienia. W wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej oferta odwołującego uzyskała następującą ilość punktów:

- 1) dla części I - 81,03 punktów, zajmując dziewiątą pozycję;
- 2) dla części II - 81,03 punktów, zajmując ósmą pozycję;
- 3) dla części III - 81,03 punktów, zajmując ósmą pozycję;
- 4) dla części IV - 81,03 punktów, zajmując siódmą pozycję;
- 5) dla części V – 82,76 punktów zajmując siódmą pozycję;
- 6) dla części VI – 82,76 punktów zajmując siódmą pozycję;
- 7) dla części VII – 83,93 punktów zajmując ósmą pozycję;
- 8) dla części VIII – 83,93 punktów zajmując ósmą pozycję.

Pismem z dnia 21 grudnia 2010 r. zamawiający poinformował, iż w przedmiotowym postępowaniu wybrał, jako najkorzystniejszą dla części 1, 2, 3, 4, 7 i 8, ofertę konsorcjum Impexrem, natomiast w ramach części 5 i 6 jako najkorzystniejszą wskazał ofertę wykonawcy Macieja Pyrak prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. „PARTNER” Maciej Pyrak z siedzibą w Krzepicach. Czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Impexrem leży u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

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 p.z.p.

Mając na względzie powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż nawet w przypadku uznania zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów, odwołujący ten, nie uzyska przedmiotowego zamówienia albowiem jego oferta została sklasyfikowana na ostatniej pozycji w ramach każdej z części. Izba wskazuje, iż na gruncie Prawa zamówień publicznych chodzi o interes wyrażający się w możliwości uzyskania zamówienia. Izba stoi na stanowisku, że interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia musi być skonkretyzowany i pewny. Interesu tego nie można opierać na samych domniemaniach, przypuszczeniach czy hipotezach w uzyskaniu zamówienia. W przedmiotowej sprawie odwołujący nawet w przypadku uwzględnienia odwołania nie uzyskałby zamówienia gdyż jego pozycja w rankingu ofert dla każdej z 8 części nadal nie pozwalałaby uznać jego oferty za najkorzystniejszą. Izba zwraca również uwagę, że za brakiem interesu przemawia również fakt, iż odwołujący nie zmierza do bezpośredniego uzyskania zamówienia. W ocenie Izby interes wykonawcy we wnoszeniu środków odwoławczych ograniczony jest wyłącznie do uszczerbku w interesie tego konkretnego wykonawcy, a nie w interesie innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, bądź w interesie ogólnej normy obowiązku przestrzegania ustawy. Zdaniem Izby naruszenie interesu prawnego musi istnieć w konkretnym postępowaniu.

Izba stoi również na stanowisku, iż interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej winien być powiązany i prowadzić do uznania złożonej oferty za najkorzystniejszą i umożliwić zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dla skuteczności złożenia środka ochrony prawnej konieczne jest wykazanie uszczerbku (szkody) w swoim interesie, związanym z uzyskaniem danego zamówienia. Izba wskazuje, iż w świetle art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p., podkreślenia wymaga, że 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 p.z.p. Konieczne jest tym samym wykazanie przez odwołującego, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom p.z.p., czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. W przedmiotowym stanie faktycznym nie sposób uznać, że odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę, gdyż nawet w przypadku potwierdzenia się zasadności zgłoszonych zarzutów, nie uzyskałby przedmiotowego zamówienia. Przyjąć należy, iż szkoda dotyczy sytuacji gdy wskutek naruszenia przepisów ustawy, odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej co w niniejszej sprawie nie może mieć miejsca.

Podnieść należy, że Izba rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie, ma obowiązek z urzędu zweryfikować wypełnienie przez podmiot korzystający z prawa odwołania przesłanki materialnoprawnej wynikającej z art. 179 ust. 1 p.z.p. Wobec

stwierdzenia braku tej przesłanki rozpatrzenie zarzutów w tych okolicznościach stało się bezprzedmiotowe.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p. oraz § 5 ust. 2 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:

.....