

Sygn. akt: KIO 869/18

WYROK
z dnia 16 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2018 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego Sp. z o.o. ul. Mickiewicza 63 67-200 Głogów** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Głogowski ul. Sikorskiego 21 67-200 Głogów,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego Sp. z o.o. ul. Mickiewicza 63 67-200 Głogów** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego Sp. z o.o. ul. Mickiewicza 63 67-200 Głogów** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego Sp. z o.o. ul. Mickiewicza 63 67-200 Głogów** na rzecz **Powiatu Głogowskiego, ul. Sikorskiego 21 67-200 Głogów** kwotę **378,66 zł** (trzysta siedemdziesiąt osiem złotych i sześćdziesiąt sześć groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdów na rozprawę, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 **Legnicy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Powiat Głogowski - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na wykonanie remontu ul. Cisawej w postaci wykonania nowej nakładki bitumicznej w zakresie ograniczenia hałasu i pylenia nawierzchni wraz z udrożnieniem poboczy utwardzonych w zakresie doprowadzenia wód opadowych w ramach projektu pn. Remont ul. Cisowej -drogi powiatowej nr 1057D. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1.03.2018r. pod nr 525070-N-2018. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

W dniu 2 maja 2018r. Odwołujący - Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego Sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Firmę Budowlaną Fobis sp. z o.o. (dalej Fobis), o czym Odwołujący dowiedział w dniu 27 kwietnia 2018r.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Fobis, która powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Fobis, która powinna podlegać odrzuceniu jako oferta złożona przez wykonawcę, który w terminie 3 dni nie zgodził się na poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,
3. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokonania odrzucenia oferty Fobis,
- unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odwołujący wskazując na interes we wniesieniu odwołania, wyjaśnił, że jego oferta została odrzucona przez Zamawiającego w dniu 9 kwietnia 2018r jako sprzeczna z SIWZ z uwagi na niezłączenie do oferty dodatkowego kosztorysu robót dla przedmiaru dot. naprawy poszerzenia drogi powiatowej nr 1057D. W postępowaniu o udzielenie zamówienia wpłynęły 2 oferty: Fobis oraz Odwołującego, zatem odrzucenie oferty Fobis doprowadziłoby do unieważnienia postępowania, z uwagi na to, że nie złożono co najmniej dwóch niepodlegających odrzuceniu ofert. W sytuacji unieważnienia postępowania oraz wszczęcia

nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, obydwaj oferenci, w tym Odwołujący mogliby w nim wziąć udział, składając ofertę zgodną z SIWZ i uzyskać zamówienie (zob. wyr. TSUE z dnia 5.4.2016 C-689/13 Puligenica Facility Esco SpA oraz wyrok KIO 5.9.2016 KIO 1556/16).

W zakresie zarzutów dotyczących oferty Fobis, Odwołujący wskazał na sprzeczność w kosztorysie Remont ul. Cisawej - drogi powiatowej nr 1057D - poszerzenie w następujących pozycjach kosztorysowych:

- jest: „mechaniczne wykonanie koryta na całej szerokości jezdni w gruncie głębokości do 20 cm – jezdni”, zgodnie z SIWZ powinno być: „mechaniczne wykonanie koryta na całej szerokości jezdni w gruncie głębokości do 32 cm – jezdni”.

- jest „Nawierzchnia z mieszanek mineralno-bitumicznych grysowo - żwirowych - warstwa wiążąca asfaltowa grubość po zagęszczeniu 4cm”, zgodnie z SIWZ powinno być: „Nawierzchnia z mieszanek mineralno-bitumicznych grysowo - żwirowych - warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego gr 7cm”. Brak także w podstawie wyceny dopisku „Analogia”.

Zdaniem Odwołującego zaistniałe błędy w ofercie Fobis są istotnymi błędami merytorycznymi, a błędów tych nie można traktować jako omyłek podlegających poprawieniu. Dodatkowo brak jest informacji, aby Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające w trybie art. 88 ust. 2 Pzp, w wyniku czego Fobis wyraziłby zgodę na dokonanie poprawienia omyłek.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w trakcie rozprawy, na którą prawidłowo zawiadomiony Odwołujący nie stawiał się, Izba ustaliła, co następuje:

W postępowaniu wpłynęły 2 oferty:

- Firmy Budowlanej Fobis sp. z o.o. z ceną 675 667,78 zł
- Przedsiębiorstwa Budownictwa Drogowego Sp. z o.o. (Odwołujący) z ceną 749 652 zł

W dniu 9 marca 2018r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na brak w ofercie wyceny robót dla przedmiaru dotyczącej naprawy poszerzenia (poz. od 1d.1 do 6d.3). W dniu 27 kwietnia 2018r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Firmy Budowlanej Fobis sp. z o.o., zaś w dniu 30 kwietnia 2018 r. poinformował, że w zw. z wyborem oferty zwraca wniesione w formie gwarancji wadium.

Odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na brak wykazania po stronie Odwołującego legitymacji czynnej do wniesienia odwołania.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp skuteczne skorzystanie ze środka ochrony prawnej jest możliwe tylko w przypadku wykazania istnienia po stronie wykonawcy interesu we wniesieniu odwołania oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przy czym niezbędne jest zaistnienie związku przyczynowo skutkowego pomiędzy szkodą a naruszeniem przepisów ustawy.

W analizowanej sprawie, nie ulega wątpliwości, że decyzją Zamawiającego z dnia 9 marca 2018r. oferta Odwołującego została odrzucona. Czynność ta nie została przez Odwołującego zakwestionowana w drodze środka ochrony prawnej, a zatem stała się ostateczna i prawomocna. W tej sytuacji, Odwołujący - jako podmiot skutecznie wyeliminowany z udziału w postępowaniu - nie legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania i nie może wykazać, że na skutek naruszenia przez Zamawiającego wskazywanych przepisów ustawy może on ponieść szkodę. Interesu we wniesieniu odwołania nie można upatrywać w samym dążeniu do unieważnienia postępowania przez Zamawiającego i wszczęciu nowego postępowania w tym samym przedmiocie zamówienia.

Zauważyć należy, że przywołane przez Odwołującego w treści odwołania orzeczenie TSUE z dnia 5 kwietnia 2016 C-689/13 Puligenica Facility Esco SpA, nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie. Orzeczenie to dotyczyło innego stanu faktycznego, w którym podmiot wybrany wniósł tzw. „skargę wzajemną”, podnosząc zarzuty odnośnie wykonawcy, który zakwestionował wybór oferty najkorzystniejszej. W analizowanej sprawie mamy do czynienia z odwołaniem wykonawcy, który nie kwestionuje prawidłowości odrzucenia swojej oferty, ale domaga się odrzucenia oferty wykonawcy wybranego. Adekwatnym do rozpatrywanej sprawy są tezy z orzeczenia TSUE z dnia 21 grudnia 2016r. w sprawie C-355/15 Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich, w którym Trybunał wskazał, że „art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna być zostać odrzucona” (teza 36).

Brak legitymacji czynnej do wniesienia odwołania stanowi samodzielną podstawę do oddalenia odwołania i odstąpienia przez Izbę od merytorycznego rozpatrzenia podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: