

Sygn. akt: KIO/UZP 1338/10

WYROK
z dnia 8 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Katarzyna Ronikier – Dolańska
Robert Skrzyszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Waldemara Stracha prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta Waldemar Strach, 42-274 Konopiska, ul. Spółdzielcza 1/1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Częstochowie Sp. z o.o., 42-200 Częstochowa, ul. Polskiej Organizacji Wojskowej 24** protestu z dnia 9 czerwca 2010 r.

przy udziale **SITA Częstochowa Sp. z o.o., 42-207 Częstochowa, ul. Dębowa 26/28** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Waldemara Stracha prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta Waldemar Strach, 42-274 Konopiska, ul. Spółdzielcza 1/1** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy z kwoty wpisu uiszczonego przez **Waldemara Stracha prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta Waldemar Strach, 42-274 Konopiska, ul. Spółdzielcza 1/1,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 050 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt złotych zero groszy) przez **Waldemara Stracha prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta Waldemar Strach, 42-274 Konopiska, ul. Spółdzielcza 1/1** na rzecz **Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Częstochowie Sp. z o.o., 42-200 Częstochowa, ul. Polskiej Organizacji Wojskowej 24**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Waldemara Stracha prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta Waldemar Strach, 42-274 Konopiska, ul. Spółdzielcza 1/1**.

U z a s a d n i e n i e

Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Wywóz odpadów komunalnych stałych z nieruchomości użytkowych, zarządzanych i administrowanych przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej „TBS” Sp. z o.o. w Częstochowie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 16 października 2009 r., nr 2009/s 200-288031.

W dniu 31 maja 2010 r. (pismem z dnia 27 maja 2010 r.) Zamawiający poinformował Waldemara Stacha prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta Waldemar Stach z siedzibą w Konopiskach, zwanego dalej „Odwołującym” o wyborze oferty wykonawcy SITA. z siedzibą w Częstochowie, zwanego dalej „SITA”, jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 9 czerwca 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na czynność wyboru oferty wykonawcy SITA jako najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu:

1. brak rozważenia możliwości unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, co w konsekwencji spowodowało wybranie oferty najdroższej, a co jest – zdaniem Odwołującego – wątpliwym i ryzykownym działaniem,

2. w oparciu o powyższe wypowiedzenie Odwołującemu umowy nr 2/EE/2010 z dnia 15 czerwca 2010 r.,
3. brak odrzucenia oferty wykonawcy SITA

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż ustawa Pzp nie zabrania dokonania wyboru oferty przy odrzuceniu pozostałych, ale w przedmiotowym przypadku należałoby uwzględnić czynnik ekonomiczny, a więc odwołać się do art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący, uzasadniając swój interes prawny, wskazał, iż niekorzystne dla niego rozstrzygnięcie uniemożliwi mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia

Pismem z dnia 10 czerwca 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca SITA otrzymał w tej samej dacie, a wykonawca Zakład Oczyszczania Wywozu i Utylizacji „EKO-SYSTEM” Bożena Strach i Waldemar Strach Spółka Jawna z siedzibą w Konopiskach, zwany dalej „EKO-SYSTEM”, otrzymał w dniu 14 czerwca 2010 r.).

W dniu 11 czerwca 2010 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca SITA przystąpił do protestu, przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

W dniu 18 czerwca 2010 r. (pismem z dnia 16 czerwca 2010 r.) wykonawca „EKO-SYSTEM”, przystąpił do protestu, przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 17 czerwca 2010 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego odrzucenie, podnosząc brak interesu prawnego po stronie Odwołującego, a który to interes powinien odnosić się do uzyskania zamówienia, którego udzielenia dotyczy dana procedura, a nie zamówienia przyszłego i niepewnego. Nadto dodając, iż odrzucając ofertę Odwołującego i wybierając ofertę wykonawcy SITA wykonał wyrok SO w Częstochowie.. tak więc jego działanie jest poprawne i w pełni uzasadnione.

Pismem z dnia 24 czerwca 2010 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ pisma do Prezesa UZP w dniu 28 czerwca 2010 r., wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 25 czerwca 2010 r., nadanie do UZP w placówce pocztowej operatora publicznego dnia 25 czerwca 2010 r.), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, w tym braku wplaty wadium,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który zakłada i zobowiązuje Zamawiającego by przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

3. art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy SITA z rażącym naruszeniem ustawy albowiem wykonawca ten nie dokonał wpłaty wadium oraz z uwagi na fakt, iż jej cena jest najwyższa,
4. art. 179 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najdroższej, albowiem unieważnienie przedmiotowego postępowania i rozpisanie nowego pozwoliłoby Odwołującemu przystąpić do nowego przetargu,
5. niewskazanie orzeczenia SO w Częstochowie na podstawie, którego została podjęta decyzja Zamawiającego,
6. art. 93 ustawy Pzp poprzez nie unieważnienie przedmiotowego postępowania.

Jednocześnie wniósł o:

1. unieważnienie przedmiotowego postępowania,
2. zasądzenie kosztów na rzecz Odwołującego według norm przypisanych
3. jak i przeprowadzenie zawnioskowanych w odwołaniu dowodów.

W dniu 5 lipca 2010 r. (pismem z dnia 29 czerwca 2010 r.) wykonawca Zakład Oczyszczania Wywozu i Utylizacji „EKO-SYSTEM” Bożena Strach i Waldemar Strach Spółka Jawna z siedzibą w Konopiskach przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przekazując kopię przystąpienia do postępowania odwoławczego Zamawiającemu i Odwołującemu.

W dniu 6 lipca 2010 r. (pismem z dnia 5 lipca 2010 r.) wykonawca SITA przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopię przystąpienia do postępowania odwoławczego Zamawiającemu i Odwołującemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Przede wszystkim skład orzekający Izby ustalił, że w związku z tym, iż postępowanie o przedmiotowe zamówienie wszczęto w dniu 16 października 2009 r., a którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, tj. w dacie przed wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym, a więc sprzed wejścia w życie wskazanych wyżej przepisów.

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. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniającego go do wniesienia środków ochrony prawnej, gdyż interes prawny może być rozumiany jako możliwość uznania oferty złożonej przez wykonawcę za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego. W niniejszym stanie faktycznym nie można mówić o interesie prawnym wyrażającym się w możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący na skutek odrzucenia jego oferty nie ma już bowiem możliwości uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Oferta Odwołującego została bowiem skutecznie odrzucona w wyniku wykonania przez Zamawiającego wyroku SO w Częstochowie z dnia 19 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt VI Ca 232/10, który nakazał m.in. odrzucenie oferty Odwołującego, tym samym utracił on status wykonawcy w niniejszym postępowaniu (nie ubiega się on już o to konkretne zamówienie). Czynność odrzucenia jego oferty stała się bowiem ostateczna i prawomocna. Nie zostanie on przywrócony do niniejszego postępowania, tracąc tym samym szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Oznacza to, iż kwestionowanie przez Odwołującego czynności Zamawiającego dokonanych w wyniku wykonania ww. wyroku, w tym kwestionowanie wyboru najkorzystniejszej oferty, przy jednoczesnym braku interesu prawnego nie może być przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę, gdyż Odwołujący nie jest już uczestnikiem postępowania. Interes prawny Odwołującego musi mieć bowiem charakter rzeczywisty i odnosić się do konkretnego uszczerbku Odwołującego. Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż „unieważnienie przetargu dałoby Odwołującemu szansę uczestniczenia i wygrania nowego przetargu nie można uznać za równoznaczne z udowodnieniem interesu prawnego. Interes prawny powinien dotyczyć tego postępowania przetargowego, którego dotyczą środki odwoławcze. Nie można zatem powoływać się na przyszły, ewentualny i hipotetyczny interes prawny” (wyrok SO w Warszawie z dnia 26 maja 2008 r., sygn. akt V Ca 927/08).

Tym samym rozpatrywanie podnoszonych przez tego Odwołującego zarzutów w żaden sposób nie wpływa na możliwość uzyskania przez Odwołującego tego, konkretnego zamówienia.

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....