

WYROK
z dnia 1 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2011 r. przez wykonawcę: **Huta Stalowa Wola S.A. Oddział I w Stalowej Woli, ul. Kwiatkowskiego 1, 37-450 Stalowa Wola** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o., ul. Komunalna 1, 37-450 Stalowa Wola,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Hutę Stalowa Wola S.A. Oddział I w Stalowej Woli, ul. Kwiatkowskiego 1, 37-450 Stalowa Wola, i:**

 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: **Hutę Stalowa Wola S.A. Oddział I w Stalowej Woli, ul. Kwiatkowskiego 1, 37-450 Stalowa Wola** tytułem wpisu od odwołania.

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 **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Stalowej Woli prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę kompaktora do zagęszczania odpadów” w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2011/S 90-146914 w dniu 11 maja 2011 r. W dniu 6 maja 2011 r. zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia na własnej stronie internetowej.

Odwołujący: Huta Stalowa Wola S.A. Oddział I w Stalowej Woli wniósł w dniu 21 lipca 2011r. odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 29 ust. 2 Pzp, przez określenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagań technicznych przedmiotu zamówienia, które uniemożliwiało ich spełnienie wszystkim wykonawcom (w tym odwołującemu) poza jednym, czym zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz obiektywizmu w prowadzonym postępowaniu,
- art. 38 ust. 1 Pzp, przez nieudzielenie odwołującemu wyjaśnień dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- art. 93 ust. 1 pkt 4 i 6 Pzp, przez zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, po otwarciu ofert (wpłynęła tylko jedna oferta z ceną wyższą niż kwota, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) i zaniechanie unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o uchylenie decyzji zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania. Wyjaśnił, że nie złożył oferty w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ określenie w siwz wymagań technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia uniemożliwiało mu ich spełnienie. Wskazał, że składa odwołanie nie jako wykonawca, ale jako inny podmiot, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Podał, iż jego interes w uzyskaniu zamówienia wynikał i wynika z tego, iż jest on od wielu lat producentem i dostawcą na rynek kompaktorów do zagęszczania odpadów i jest zainteresowany dostawą kompaktora do zamawiającego, o czym świadczy korespondencja z zamawiającym. Wskazał, że poniósł lub mógł ponieść szkodę, ponieważ uniemożliwienie mu przez zamawiającego złożenia oferty, z uwagi na określenie w siwz wymagań technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia, spowodowało, że odwołujący utracił możliwość sprzedaży zamawiającemu kompaktora i uzyskania wynagrodzenia.

Zdaniem odwołującego, zamawiający opisując przedmiot zamówienia naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i utrudnił uczciwą konkurencję, co jest sprzeczne z art. 7 ust. 1

i w oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiany kompaktor miał spełniać techniczne wymagania, opisane w części III specyfikacji, przy czym sposób określenia warunków technicznych miał na celu wyeliminowanie z przetargu maszyny innych producentów (w tym odwołującego), poza maszyną oferowaną przez FAYAT BOMAG POLSKA w Warszawie.

Podnosząc naruszenie przepisu art. 38 ust. 1 Pzp, odwołujący wyjaśnił, iż zwracał się do zamawiającego pismem z dnia 31.05.2011 r. i 20.06.2011 r. o wyjaśnienie i zmianę warunków technicznych kompaktora określonych w siwz, jednak zamawiający nie odniósł się merytorycznie do żadnego z pytań. Na wszystkie pytania odpowiedział w pismach z dnia 2.06.2011 r. i 20.06.2011 r. jednakowo i bardzo ogólnikowo, co należy traktować jako brak odpowiedzi.

W ocenie odwołującego, zamawiający naruszył także art. 93 ust. 1 pkt 4 i 6 Pzp w wyniku zaniechania unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy cena jedynej oferty FAYAT BOMAG POLSKA (1.420.035,00 zł.) przewyższała kwotę, którą zamierzał on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (1.200.000,00 zł). Podstawą unieważnienia powinien być także fakt wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, polegającej na złożeniu oferty tylko przez jednego wykonawcę o zbyt wygórowanej, nie przewidzianej przez zamawiającego cenie, która uniemożliwiała zamawiającemu dokonanie racjonalnego wyboru z punktu widzenia interesu publicznego.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu znajomości rynku kompaktorów, w celu ustalenia, czy warunki techniczne kompaktora, określone w siwz, były konieczne dla realizacji zamówienia i czy nie naruszały zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wartość przedmiotowego zamówienia ustalona została przez zamawiającego na kwotę 1 200 000,00 zł, co stanowi równowartość 312 581 euro, tj. wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznaje odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Nie podlegają rozpoznaniu zatem zarzuty, które nie zostały zawarte w odwołaniu, lecz zostały podniesione przez odwołującego dopiero w toku rozprawy. Stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, odwołanie nie podlega rozpoznaniu także co do zarzutów podniesionych po upływie terminu określonego w ustawie Pzp.

Z uwagi na powyższe, Izba nie rozpoznawała zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 29 ust. 2 Pzp, przez określenie w siwz wymagań technicznych dotyczących przedmiotu

zamówienia, które uniemożliwiło ich spełnienie wszystkim wykonawcom (w tym odwołującemu) poza jednym, czym zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę obiektywizmu w prowadzonym postępowaniu. Zarzut ten został podniesiony po upływie ustawowego terminu do wniesienia odwołania wobec treści ogłoszenia i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia, a jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej zamawiającego – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Biorąc po uwagę, że ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 maja 2011 r., a w dniu 6 maja 2011 r. zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia na własnej stronie internetowej, termin do wniesienia odwołania wobec czynności zamawiającego, polegających na opisanu przedmiotu zamówienia upłynął ostatecznie w dniu 21 maja 2011 r. Odwołanie w tym przedmiocie zostało wniesione przez odwołującego dopiero w dniu 21 lipca 2011 r., tj. dwa miesiące po upływie ustawowego terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Izba uznała również za spóźniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 38 ust. 1 Pzp - na skutek nieudzielenia odwołującemu wyjaśnień dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W danym stanie faktycznym należało wziąć pod uwagę, że odwołujący otrzymał odpowiedzi na zgłoszone zamawiającemu zapytania, dotyczące treści siwz, w dniu 2 czerwca 2011 r. oraz w dniu 20 czerwca 2011 r. Stosownie do art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, 10 - dniowy termin do wniesienia odwołania w powyższym zakresie, w pierwszym przypadku - upłynął w dniu 13 czerwca 2011 r. (biorąc pod uwagę, iż w dniu 12 czerwca 2011 r. była niedziela), a w drugim - w dniu 30 czerwca 2011 r. Zarzut ten także nie podlegał zatem rozpoznaniu, stosownie do dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołanie zostało rozpoznane wyłącznie w zakresie zarzutu podniesionego wobec zaniechania przez zamawiającego unieważnienia postępowania.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 i 6 Pzp, przez zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, po otwarciu ofert (wpłynęła tylko jedna oferta, która zawierała cenę wyższą niż kwota, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) i zaniechanie unieważnienia postępowania, Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, iż posiada legitymację we wniesieniu odwołania, stosownie do brzmienia art. 179 ust. 1 Pzp. Posiadanie legitymacji czynnej przez odwołującego podlega badaniu przez KIO w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania, a stwierdzenie braku legitymacji do wniesienia środków ochrony prawnej prowadzi do oddalenia odwołania.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy,

uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek:

- 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia,
- 2) poniósł lub może ponieść szkodę,
- 3) poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż odwołujący wniósł odwołanie jako „inny podmiot” w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący występuje w przedmiotowym postępowaniu jako wykonawca, który był zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i posiadał interes w uzyskaniu zamówienia. Świadczą o tym bezsprzecznie takie okoliczności jak m.in. kierowanie wystąpień do zamawiającego dotyczących treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wniosków o zmianę postanowień siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził jednoznacznie w odwołaniu, że był (i jest nadal) zainteresowany dostawą kompaktora do zamawiającego, a w przypadku unieważnienia przedmiotowego postępowania uzyskałby możliwość ubiegania się o zamówienie na ten sam przedmiot w powtórnie prowadzonym przetargu. W świetle powyższego należało uznać, że HSW S.A. wniosła odwołanie jako wykonawca, który ubiegał się o zamówienie, który nie skorzystał jednak z przysługującego mu prawa do wniesienia środków ochrony prawnej wobec treści ogłoszenia i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ustawowym terminie, a w konsekwencji - nie złożył oferty.

Wskazać także należy, że jak wynika z brzmienia przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi „danego” zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podmiot wnoszący odwołanie, nie może powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego przewidywanego w przyszłości zamówienia.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, wykonawca, który posiadał (lub posiada) interes w uzyskaniu danego zamówienia musi wykazać także, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. W powyższym zakresie odwołujący wskazywał jedynie na okoliczności uzasadniające zarzuty, które wniesiono po upływie ustawowego terminu, tj. że „poniósł lub mógł ponieść szkodę”, z uwagi na uniemożliwienie mu przez zamawiającego złożenia oferty, przez określenie w siwz wymagań technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia, co spowodowało, że utracił on możliwość sprzedaży zamawiającemu kompaktora i uzyskania wynagrodzenia. Odwołanie w tym zakresie nie było rozpoznawane.

Szczególnego podkreślenie wymaga fakt, że skoro odwołujący nie skorzystał w ustawowym terminie z przysługujących mu środków ochrony prawnej wobec postanowień ogłoszenia i siwz, to treść powyższych dokumentów stała się wiążąca zarówno dla zamawiającego jak i wykonawców i nie może podlegać zmianie na dalszym etapie postępowania.

W ocenie Izby to w wyniku rezygnacji odwołującego z ubiegania się o udzielenie zamówienia, w szczególności poprzez zaniechanie skorzystania ze środków ochrony prawnej i dążenia do zmiany treści ogłoszenia i siwz, a w konsekwencji niezłożenia oferty, odwołujący utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie - uzyskania wynagrodzenia z tytułu ewentualnej jego realizacji. W sytuacji bowiem, gdy odwołujący nie złożył oferty, nie mógł on w żadnym wypadku przedmiotowego zamówienia uzyskać. Nie zachodzi w tych okolicznościach jakikolwiek związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy nieuzyskaniem zamówienia przez odwołującego i możliwością poniesienia szkody, a zaniechaniem unieważnienia postępowania przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, iż poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 93 ust. 1 pkt 4 i 6 Pzp. Odwołujący nie wykazał wobec tego łącznego spełnienia przesłanek wynikających z art. 179 ust. 1 Pzp. W tych okolicznościach uzasadnione i konieczne jest oddalenie odwołania.

W oparciu o stan rzeczy ustalony w toku postępowania Izba oddaliła odwołanie, orzekając, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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: