

Sygn. akt: KIO/UZP 617/10

WYROK
z dnia 4 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Brzeska**

Członkowie: **Przemysław Dzierzędzki**

Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ISOPLUS Polska Sp. z o.o., ul. Żeliwna 43, 40-599 Katowice** od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego **Stołeczne Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A., ul. Stefana Batorego 2, 02-591 Warszawa** protestu z dnia 18 marca 2010 r.

przy udziale **Logstor Polska Sp. z o.o., ul. Handlowa 1, 41-807 Zabrze** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża ISOPLUS Polska Sp. z o.o., ul. Żeliwna 43, 40-599 Katowice

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ISOPLUS Polska Sp. z o.o., ul. Żeliwna 43, 40-599 Katowice**

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 **ISOPLUS Polska Sp. z o.o., ul. Żeliwna 43, 40-599 Katowice.**

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

Zamawiający – Stołeczne Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A., ul. Stefana Batorego 2, 02-591 Warszawa (dalej: „Zamawiający”) przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” na „Dostawę rur i elementów preizolowanych w zakresie średnic DN 800-1200”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 16.12.2009 r. Szacunkowa wartość zamówienia w przedmiotowym postępowaniu wyniosła 18.000.000 zł (4.642.645,27 euro), t.j. jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

Postępowanie było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone 2 oferty. Zdaniem Zamawiającego oferta wykonawcy Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta wykonawcy Logstor Polska Sp. z o.o. Zgodnie ze zbiorczym zestawieniem ofert oferta wykonawcy ISOPLUS Polska Sp. z o.o. znalazła się na pierwszym miejscu z ceną 5.907.249,65 zł brutto. Jednak oferta wykonawcy ISOLPUS Polska Sp. z o.o. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako niezgodna z SIWZ.

Pismem z dnia 10.03.2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przedmiotowego postępowania, w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy ISOPLUS Polska Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”). Niezgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący w pierwszej kolejności wniósł protest a następnie odwołanie.

Odwołujący w proteście zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez potraktowanie wykonawców w sposób nierówny i nieodrzućenie przez Zamawiającego oferty nie spełniającej wymogów SIWZ Odwołujący wniósł o:

1. Uchylenie czynności wyboru ofert,
2. Wykluczenie z postępowania wykonawcy LOGSTOR Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze i odrzućenie jego oferty
3. Dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, ewentualnie
4. Unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 29.03.2010 r. Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego częściowe oddalenie oraz częściowe jego uwzględnienie.

W dniu 06.04.2010 r. Odwołujący nadał odwołanie w placówce pocztowej operatora publicznego. W odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzuty zawarte w proteście.

Do postępowania protestacyjnego oraz odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca LOGSTOR Polska Sp. z o.o.(dalej: „Przystępujący”).

Na posiedzeniu Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W związku z brakiem podstaw do odrzućenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 ustawy Pzp Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestników postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Szacunkowa wartość zamówienia w przedmiotowym postępowaniu wynosi 18.000.000 zł (4.642.645,27 euro), t.j. jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

Postępowanie było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone 2 oferty. Zdaniem Zamawiającego oferta wykonawcy odwołującego podlegała odrzućeniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta wykonawcy Logstor Polska Sp. z o.o. Zgodnie ze

zbiórczym zestawieniem ofert oferta wykonawcy ISOPLUS Polska Sp. z o.o. znalazła się na pierwszym miejscu z ceną 5.907.249,65 zł brutto.

Zamawiający w SIWZ zgodnie z pkt 2.2.6, 2.2.7, 2.2.11 wymagał przedłożenia razem z ofertą następujących dokumentów:

- deklaracji zgodności producenta (lub dostawcy) materiału osłony HDPE na zgodność z wymaganiami normy PN-EN 253:2009 wraz z wynikami badań surowca (gęstość MFR, OTI),
- wyniki badań osłony HDPE (gęstość, odporność na pękanie, skurcz wzdłużny, wydłużenie, MFR, OTI),
- świadectwa badania typu obciążenia od gruntu (tzw. badania w skrzyni z piaskiem) wszystkich typów złączy preizolowanych objętych przetargiem, wykonane zgodnie z PN-EN 489:2005 lub PN-EN 489: 2009.

Zdaniem Zamawiającego złożona przez Odwołującego oferta nie odpowiadała wymaganiom postawionym w SIWZ (nie zawierała wyników badań dla surowca, dla parametrów: gęstość, MFR, OTI), dlatego też Zamawiający pismem z dnia 12.02.2010 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę o uzupełnienie powyższych dokumentów.

Na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedłożył dokumenty, jednakże w niepełnym zakresie, ponieważ nie dołączył do oferty wyników badań OTI granulatu. Odwołujący złożył inne dokumenty, t.j. informacje techniczno – handlowe dotyczące właściwości oferowanego granulatu, kartę charakterystyki substancji niebezpiecznej granulatu HE3490-IM, świadectwa dotyczące granulatu HE3490-LS, badania wewnętrzne ISOPLUS Polska Sp. z o.o. dostarczonego granulatu, świadectwa odbioru granulatu HE3479 oraz badania wewnętrzne ISOPLUS Polska Sp. z o.o. W związku z powyższym Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza zbadała, czy Odwołujący w zakresie postawionych zarzutów posiada interes prawny, a następnie przystępując do badania poszczególnych zarzutów Izba stwierdziła:

I. W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący w zakresie postawionego zarzutu legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ zgodnie z pkt 2.2.6, 2.2.7, 2.2.11 wymagał przedłożenia razem z ofertą następujących dokumentów:

- deklaracji zgodności producenta (lub dostawcy) materiału osłony HDPE na zgodność z wymaganiami normy PN-EN 253:2009 wraz z wynikami badań surowca (gęstość MFR, OTI),
- wyniki badań osłony HDPE (gęstość, odporność na pękanie, skurcz wzdłużny, wydłużenie, MFR, OTI),
- świadectwa badania typu obciążenia od gruntu (tzw. badania w skrzyni z piaskiem) wszystkich typów złączy preizolowanych objętych przetargiem, wykonane zgodnie z PN-EN 489:2005 lub PN-EN 489: 2009.

Zdaniem Zamawiającego złożona przez Odwołującego oferta nie odpowiadała wymaganiom postawionym w SIWZ (nie zawierała wyników badań dla surowca, dla parametrów: gęstość, MFR, OTI), dlatego też Zamawiający pismem z dnia 12.02.2010 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę o uzupełnienie powyższych dokumentów.

Na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedłożył dokumenty, jednakże w niepełnym zakresie, ponieważ nie dołączył do oferty wyników badań OTI granulatu. Odwołujący złożył inne dokumenty, t.j. informacje techniczno – handlowe dotyczące właściwości oferowanego granulatu, kartę charakterystyki substancji niebezpiecznej granulatu HE3490-IM, świadectwa dotyczące granulatu HE3490-LS, badania wewnętrzne ISOPLUS Polska Sp. z o.o. dostarczonego granulatu, świadectwa odbioru granulatu HE3479 oraz badania wewnętrzne ISOPLUS Polska Sp. z o.o.

W świetle powyższego Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z SIWZ.

Biorąc pod uwagę zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz wyjaśnienia złożone przez strony na rozprawie należy stwierdzić, iż oferta Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ i Zamawiający odrzucił ją zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Ponadto Odwołujący w trakcie rozprawy przyznał, iż w związku z wezwaniem go do uzupełnienia powyższych dokumentów nie załączył wymaganych przez Zamawiającego wyników badań.

Tym samym należy stwierdzić, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego w toku postępowania art. 7 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż powyższy zarzut nie jest zasadny w świetle ustalonego stanu faktycznego sprawy. W związku z brakiem potwierdzenia się naruszenia przepisów ustawy wskazanych przez Odwołującego, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

II. W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Przystępującego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, co następuje:

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej stwierdza, że Odwołujący w zakresie postawionego zarzutu nie posiada interesu prawnego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Należy stwierdzić, iż w świetle zebranego materiału dowodowego, zakładając iż oferta Odwołującego w rankingu ofert znajduje się na pierwszym miejscu w żądaniu przez Odwołującego odrzucenia oferty Przystępującego nie można dopatrzeć się istnienia interesu prawnego. Podobnie w przypadku żądania unieważnienia przedmiotowego postępowania. Zgodnie z przyjętą linią orzecniczą interes prawny korzystającego ze środków ochrony prawnej, musi wiązać się z możliwością uzyskania zamówienia (podobnie wyrok KIO z dnia 04.12.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1330/08, czy wyrok Sądu Okręgowego w Krośnie z dnia 25.04.2006 r., sygn. akt I Ca 134/06). W zaistniałym stanie faktycznym żądanie odrzucenia oferty wykonawcy Przystępującego doprowadzić może jedynie do unieważnienia postępowania.

Mając powyższe na względzie należy uznać, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Przystępującego nie był przedmiotem rozpoznania przez Izbę, ze względu na brak interesu prawnego Odwołującego w podnoszeniu powyższego zarzutu.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....