

Sygn. akt: KIO/2620/10

WYROK
z dnia 16 grudnia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 3 grudnia 2010 r. wniesionego przez **Andrzeja Majewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ANDREMA Korporacja Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa Andrzej Majewski, 93-479 Łódź, ul. Pustynna 47** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Medycyny Pracy im. Prof. Dra med. Jerzego Nofera, 91-348 Łódź, ul. Św. Teresy od Dzieciątka Jezus 8**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Andrzeja Majewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ANDREMA Korporacja Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa Andrzej Majewski, 93-479 Łódź, ul. Pustynna 47

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez **Andrzeja Majewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ANDREMA Korporacja Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa Andrzej Majewski, 93-479 Łódź, ul. Pustynna 47**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b 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 Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Medycyny Pracy im. prof. dra J. Nofera, ul. św. Teresy od Dzieciątka Jezus 8, 91-348 Łódź, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na budowę i dostawę zintegrowanego systemu do badań psychofizycznych kierowców, nr postępowania AASZAMU/17/10/PN. Wartość przedmiotowego zamówienia oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 27 sierpnia 2010 r. pod numerem: 2010/S 166-254984.

W dniu 24 listopada 2010 r. Zamawiający przekazał wykonawcom faxem zawiadomienie o wyniku postępowania, z którego wynikało, iż za najkorzystniejszą ofertę uznał ofertę wykonawcy ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o., ul. Krakowska 110/114, 02-256 Warszawa, natomiast oferta wykonawcy Andrzeja Majewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ANDREMA Korporacja Produkcyjno-Handlowo-Usługowa Andrzej Majewski, ul. Pustynna 47, 93-479 Łódź została odrzucona z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ oraz niespełnianie warunków udziału w postępowaniu (w zawiadomieniu Zamawiający powołał się na art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 5 ustawy Pzp).

W dniu 3 grudnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Andrzeja Majewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ANDREMA Korporacja Produkcyjno-Handlowo-Usługowa Andrzej Majewski, ul. Pustynna 47, 93-479 Łódź. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o., która to oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Wykaz dokonanych usług,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o., która to oferta nie odpowiada treści specyfikacji

istotnych warunków zamówienia - błędną kalkulację ceny serwisu, uniemożliwiającą przeprowadzenie oceny oferty,

- 4) art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp w związku z art. 104 Kodeksu cywilnego - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o., która powinna być odrzucona,
- 5) art. 9 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp (*tak w odwołaniu*) - poprzez bezprawne zaniechanie formy pisemnej prowadzenia postępowania przy wezwaniu wykonawcy ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów,
- 6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez nierówne traktowanie wykonawców i przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazywał, że jako uczestnik postępowania spełnia wymogi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż ma lub miał interes w uzyskaniu tego zamówienia, oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Bezpodstawne zaniechanie czynności odrzucenia wybranej jako najkorzystniejszej oferty firmy ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. uniemożliwi ponowne ogłoszenie przetargu na budowę i dostawę przedmiotu zamówienia, i w sposób oczywisty uniemożliwi uzyskanie tego zamówienia przez Odwołującego. Stąd, zdaniem Odwołującego, należy uznać, że przesłanka z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp o przysługiwaniu środka ochrony prawnej w postaci wniesienia odwołania została spełniona. Mając na uwadze powyższe oraz naruszenie interesu prawnego Odwołującego wnosił o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. oraz unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia na budowę i dostawę zintegrowanego systemu do badań psychofizycznych kierowców, nr postępowania AASZAMU/17/107PN.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, co następuje. Zdaniem Odwołującego, przedstawione przez ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. zaświadczenie o zdolności kredytowej nie spełnia wymagań zdefiniowanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), gdzie wymagane było przedstawienie informacji potwierdzającej zdolność kredytową wykonawcy, w kwocie minimum odpowiadającej wartości składanej oferty. Wykonawca ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. przedstawił informację z banku o posiadaniu zdolności na realizację kontraktu o wartości 3.700.000 PLN, a nie jest to tożsame z gotowością banku do udzielenia kredytu w tej wysokości. Dodatkowo potwierdzeniem takiego stanu rzeczy jest oświadczenie banku w następującym akapicie

tego samego dokumentu, że nie może być on traktowany jako gwarancja udzielenia kredytu lub jakiegokolwiek zobowiązanie banku. Reasumując, Zamawiający powinien zatem, w opinii Odwołującego wezwać potencjalnego Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów wymaganych w SIWZ, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Odwołujący podnosił ponadto, iż SIWZ wymaga w dziale VI pkt 2 od wykonawcy przedstawienia wykazu wykonanych dostaw symulatorów wraz z referencjami od odbiorców poświadczającymi, że usługi zostały wykonane należycie. Wykonawca ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. w dokumentacji przetargowej zamieścił dwa dokumenty na potwierdzenie posiadanych referencji, jeden o dostawie symulatora do siebie, drugi dokument o dostawie innego symulatora w ramach innej umowy do Zamawiającego (tj. Instytutu Medycyny Pracy w Łodzi). Zgodnie z wiedzą Odwołującego drugi z wymienionych symulatorów do dnia dzisiejszego nie został dostarczony do Instytutu Medycyny Pracy i zainstalowany u Zamawiającego, czego Zamawiający musiał być świadomy, więc dokument ten nie może być podstawą do stwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Referencje wystawione przez ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. o należyтым wykonaniu dostawy dla siebie także nie spełniają warunków SIWZ, gdyż Zamawiający nie dopuścił w dziale VI pkt 2.1.1) składania oświadczeń w celu wykazania spełnienia warunku, dopuścił jedynie dokumenty potwierdzające wykonanie usługi, czyli referencje wystawione przez klienta. Należy także zauważyć, że symulatory pełnowymiarowe (tj. takie które wyposażone są w kabinę, system ruchu oraz duży ekran zapewniający pokrycie dużego kąta widzenia kierowcy w symulatorze) wymagają kosztownej, specjalistycznej i czasochłonnej instalacji na miejscu ostatecznego użytkownika. Nie jest możliwe więc użytkowanie (czy nawet sprawdzenie i rzetelny odbiór techniczny) symulatora przed instalacją na miejscu przeznaczenia. Z tego samego powodu dostawy, która nie zakończyła się ostateczną instalacją u klienta, nie można uznać za zakończoną, a już w szczególności za wykonaną należycie. Instalacja symulatora, w zależności od zastosowanych rozwiązań układu wizualizacji i ruchu, trwa zwykle od 2 do 4 tygodni.

Ponadto SIWZ wymaga w dziale XIII pkt 2.3 od Wykonawcy, aby podana cena zawierała w kalkulowane w nią wszystkie koszty, w szczególności koszty dojazdu. Firma ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. w swojej ofercie nie wliczyła cen dojazdu, lecz podała je osobno, jako stawkę 0,95 zł za 1 km. Tym samym suma cen z pkt 4.1 i 4.2 wzoru oferty, która to liczba podlega kryterium oceny oferty, nie zawiera ceny dojazdu, którego koszty Wykonawca planuje rozliczać osobną stawką kilometrową. To czyni ofertę niemożliwą do

oceny w świetle kryteriów oceny ofert zdefiniowanych w dziale XIII SIWZ. Mając to na uwadze oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił ponadto, iż na ofertę ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. składają się strony, które nie są podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy, dotyczy to także pierwszej strony oferty z oferowanymi cenami. W ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. zgodnie z zapisami ujawnionymi w KRS do wiążącej reprezentacji wymagane jest działanie dwóch członków zarządu łącznie, lub jednego członka zarządu z prokurentem. Zgodnie z art. 99 Kodeksu cywilnego, jeżeli do ważności czynności prawnej niezbędna jest szczególna forma to pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. Art. 9 ust. 1 ustawy Pzp wymaga formy pisemnej prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, więc aby członek zarządu ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. mógł jednoosobowo składać oświadczenia woli musiałby legitymować się pisemnym pełnomocnictwem. Nie można zatem uznać, że którykolwiek z członków zarządu został upoważniony do złożenia oferty w imieniu firmy ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. jednoosobowo, gdyż w dotychczasowym toku postępowania o udzielenie zamówienia żaden taki dokument nie został ujawniony. Zgodnie z art. 104 Kodeksu cywilnego jednostronna czynność prawna dokonana bez umocowania jest nieważna, co powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jako nieważnej na podstawie innych przepisów, tj. Kodeksu cywilnego.

Odwołujący powoływał, że art. 9 ust. 1 ustawy Pzp wymaga formy pisemnej prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający w SIWZ wymagał załączenia wyników badań poligonowych autobusu, samochodu ciężarowego lub ciągnika siodłowego, i w czasie przeprowadzania oceny ofert wezwał ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. (w piśmie z dnia 15 listopada 2010 r.) do uzupełnienia dokumentów przez „przedstawienie ich do wglądu” i złożenie wyjaśnień dlaczego są niekompletne. Z treści wezwania jednoznacznie wynika, że Zamawiający spodziewał się i wymagał dostarczenia kompletnych wyników badań. Art. 9 ust. 1 ustawy Pzp nie dopuszcza innych form niż pisemne prowadzenia postępowania, a Wykonawcy nie mogą na tym etapie prowadzić negocjacji z Zamawiającym dotyczących zapisów SIWZ. Jedynym przewidzianym w ustawie Pzp trybem ochrony informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa jest zapis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, i jest on wiążący bez względu na poprzednie doświadczenia potencjalnego Wykonawcy związane z zagubieniem lub niedopilnowaniem wyjątkowo dla niego cennego egzemplarza raportu. W związku z powyższym oferta ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. nie spełnia wymagań udziału w postępowaniu, i zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp powinna zostać odrzucona, gdyż jeżeli Wykonawca uznał, że wyniki badań poligonowych są zbyt

cenne, aby je złożyć w trybie ustawowym z klauzulą poufności (ze wskazaniem że stanowią tajemnicę firmy), to nie był przecież poddany żadnej presji, aby przystępować do postępowania o udzielenie zamówienia, skoro nie był w stanie spełnić zapisów SIWZ. Z uwagi na fakt, iż Wykonawca był już wzywany do uzupełnienia oferty w tym zakresie, to nie może być ponownie wzywany.

Odwołujący wskazywał nadto, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest prowadzone zgodnie z duchem ustawy Pzp, w szczególności jej art. 7 ust. 1. Dokumenty firmy ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. były traktowane relatywnie pobłażliwie i wyrozumiale w porównaniu z kryteriami oceny stosowanymi przy analizie dokumentów Odwołującego. Odwołujący podnosił, iż podobne wrażenie można było odnieść w przypadku stosowania procedury wzywania do uzupełnienia dokumentów, gdzie godzono się na pozaustawowe tryby prowadzenia postępowania (rezygnacja z formy pisemnej). W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, odwołanie winno zostać uwzględnione, a Zamawiającemu należy nakazać dokonanie żądanych czynności.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 3 grudnia 2010 r. faxem.

W dniu 3 grudnia 2010 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcę ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o., ul. Krakowska 110/114, 02-256 Warszawa, przekazując wezwanie faxem wraz z kopią odwołania, na co wskazuje pozytywny raport transmisji faxowej. W dniu 6 grudnia 2010 r. ponownie przekazał faxem wezwanie.

W dniu 9 grudnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o., ul. Krakowska 110/114, 02-256 Warszawa, w którym Wykonawca wnosił o odrzucenie odwołania względnie jego oddalenie oraz przedstawiał stanowisko względem zarzutów zawartych w odwołaniu.

W dniu 15 grudnia 2010 r. na posiedzeniu Izby Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o odrzucenie odwołania względnie jego oddalenie oraz przedstawiał stanowisko w odniesieniu do zarzutów i żądań Odwołującego. Zamawiający oświadczył, iż kopia odpowiedzi na odwołanie została przekazana Odwołującemu i zgłaszającemu przystąpienie bezpośrednio przed posiedzeniem, co Wykonawcy potwierdzili.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym oryginalną dokumentację postępowania, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również wyjaśnienia i dokumenty złożone przez strony na rozprawie, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych (braki formalne zostały usunięte w terminie zgodnie z wezwaniem w tym zakresie), uiszczono od niego wpis, jak również nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania określone ustawą Pzp. W tym zakresie Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego wyrażonej w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający podnosił, iż Odwołujący nie zaskarża czynności odrzucenia jego oferty, a warunkiem niezbędnym uznania, iż posiada on interes prawny w uzyskaniu tegoż zamówienia jest skuteczne zaskarżenie odrzucenia własnej oferty, a więc wykazanie, iż nie zachodzą wobec jego oferty przesłanki z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący tego nie uczynił, przez co utracił status uczestnika niniejszego postępowania i nie ma interesu we wnoszeniu zarzutów wobec oferty ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. – oferty wybranej wymaganego zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto podnosił, iż żądanie unieważnienia postępowania stoi w sprzeczności z wykazaniem interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, co stanowi treść jego interesu. Izba podnosi, iż powoływana przez Zamawiającego przesłanka interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz druga z przesłanek, tj. szkoda lub możliwość jej poniesienia przez wykonawcę wnoszącego odwołanie, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawiające do korzystania ze środków ochrony prawnej, mają charakter materialno-prawny i podlegają rozpoznaniu na rozprawie w kontekście stawianych w odwołaniu zarzutów oraz zaskarżanych w tym zakresie czynności, bądź zaniechań dokonania czynności przez Zamawiającego. Tym samym ewentualny ich brak lub nieudowodnienie stanowi przesłankę do oddalenia odwołania, nie zaś jego odrzucenia (np. wyrok KIO z dnia 8 września 2010 r. sygn. akt KIO/1787/2010).

Izba nie uznała skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego przez Wykonawcę ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania, iż wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego wraz z kopią odwołania zostało przekazane ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. faxem w dniu 3 grudnia 2010 r. godz. 17.19. Raport faxowy potwierdzał dokonanie skutecznej transmisji na nr faxu ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. obejmującej 5 stron (1 strona wezwania oraz 4 strony kopii odwołania). Zamawiający wyjaśnił, iż z uwagi na późną porę przekazania wezwania wraz z kopią odwołania w dniu 3 grudnia 2010 r. dodatkowo wysłał fax w dniu 6 grudnia 2010 r. Z akt sprawy wynika, iż w dniu 6 grudnia 2010 r. Zamawiający

przekazał faxem 1 stronę obejmującą wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego, natomiast dokumentacja nie potwierdza, aby w tej dacie przesłana została również ponownie kopia odwołania. W tym zakresie Zamawiający oświadczył, iż nie jest w stanie określić, czy przesłano także ponownie kopię odwołania. Wykonawca ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. podnosił, iż nie otrzymał faxu z dnia 3 grudnia 2010 r., jednak pomimo obciążającego go w tym zakresie na podstawie art. 6 Kodeksu cywilnego ciężaru dowodowego, nie przedstawił jakiegokolwiek kontrdowodu potwierdzającego nieskuteczność transmisji faxy z dnia 3 grudnia 2010 r. Izba nie była zatem uprawniona do uznania wyłącznie w oparciu o oświadczenie ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o., wbrew dokumentacji zawartej w aktach sprawy, iż nie otrzymał on kopii odwołania w dniu 3 grudnia 2010 r. W związku z powyższym ustaleniem, 3-dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, liczony od dnia otrzymania kopii odwołania, upłynął w dniu 6 grudnia 2010 r. Zgłoszenie przystąpienia w formie pisemnej wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2010 r., a tym samym zostało wniesione po upływie ustawowego terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Powyższe nie pozwala uznać skuteczności przystąpienia, pomimo spełnienia pozostałych warunków (kopie zgłoszenia przekazano Zamawiającemu i Odwołującemu oraz posiadanie wymaganego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego).

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego: akta postępowania, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, kopia faxu z dnia 6 grudnia 2010 r. zawierającego wezwanie, kopie przekazania zgłoszenia przystąpienia, certyfikat nr S/1/10 dotyczący symulatora jady samochodem w warunkach specjalnych typ SYM35, protokół odbioru prac zrealizowanych w ramach umowy nr EAP/74/2008 z dnia 24 listopada 2008 r., protokół dotyczący tymczasowego zagospodarowania stanowiska do kompleksowej oceny psychofizycznej kierowców wykonanego w ramach umowy nr EAP/74/2008 z dnia 24 listopada 2008 r., porozumienie dotyczące wspólnego przygotowania i zrealizowania programu badań z dnia 10 sierpnia 2010 r. pomiędzy Zamawiającym a ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. Izba odmówiła uwzględnienia wniosku o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka Pana Zbigniewa Uchmana na okoliczność, gdzie obecnie znajduje się symulator będący przedmiotem kwestionowanej przez Odwołującego dostawy do Zamawiającego. Izba uznała bowiem na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, iż powyższa okoliczność w sposób wystarczający została wykazana innymi dowodami. Ponadto Izba wskazuje, iż pozostaje ona bez znaczenia dla rozstrzygnięcia istoty sprawy, ponieważ z zaświadczenia z dnia 17 listopada 2009 r. załączonego przez ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. do oferty jednoznacznie wynika, iż przedmiotowy symulator został przez Zamawiającego odebrany i uznano prawidłowość dostawy. W pkt VI ppkt 2.1 SIWZ Zamawiający wymagał jedynie

wykazania się wykonaniem co najmniej jednego symulatora jazdy autobusem lub samochodem ciężarowym w ciągu ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie. Spełnienie powyższego warunku należało wykazać dokumentem potwierdzającym wykonanie co najmniej jednego symulatora jazdy autobusem lub samochodem ciężarowym wraz z dokumentem potwierdzającym wykonanie usługi w sposób należyty (np. referencja wydana przez odbiorcę usługi). Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które podważyłyby w jakikolwiek sposób ustalenia wynikające z zaświadczenia wystawionego przez Zamawiającego z dnia 17 listopada 2009 r., poprzestając w tym zakresie na własnej interpretacji ww pkt SIWZ, wbrew jej literalnemu brzmieniu. Zamawiający nie wymagał bowiem, aby wykonawca wykazał się instalacją symulatora w określonym miejscu jako warunku uznania jego wykonania.

Odnosząc się do kwestii, czy Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp., Izba stwierdza, iż Odwołujący nie legitymuje się takim uprawnieniem i już tylko z tego względu odwołanie podlega oddaleniu, niezależnie od zasadności podnoszonych zarzutów. Izba nie podziela w tej mierze stanowiska Odwołującego, iż dla spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wystarczy okoliczność, iż bezpodstawne zaniechanie czynności odrzucenia oferty wybranej uniemożliwi ponowne ogłoszenie przetargu na budowę i dostawę przedmiotu zamówienia, co w sposób oczywisty uniemożliwi uzyskanie tego zamówienia przez Odwołującego.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał ani spełnienia przesłanki, iż ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia ani też przesłanki, iż poniósł lub może ponieść szkodę wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Należy podkreślić, iż brak zaskarżenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego skutkuje utratą możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody nie może być kierowany na powstanie sytuacji polegającej na unieważnieniu postępowania, do czego w sposób wyłączny zmierzały zarzuty powoływane przez Odwołującego. Skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest objęty interesem w uzyskaniu danego zamówienia ani możliwością poniesienia szkody, ponieważ obie te przesłanki należy rozpatrywać w odniesieniu do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie jakiegoś potencjalnego, które hipotetycznie może toczyć się w przyszłości jako rezultat unieważnienia obecnego postępowania. Wskazuje na to wyraźnie zawarte w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie „interes w uzyskaniu danego zamówienia”. Tym samym powstanie ewentualnej możliwości uczestniczenia w kolejnym postępowaniu toczącym się po

unieważnieniu obecnego i złożeniu w tym postępowaniu oferty nie stanowi o posiadaniu interesu w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu oraz o możliwości poniesienia szkody. Należy bowiem podkreślić, iż, wbrew twierdzeniu Odwołującego, okoliczność, że Zamawiający będzie prowadził kolejne postępowanie, którego warunki będą takie, iż umożliwią złożenie oferty przez Odwołującego, jak również że złożona oferta będzie mogła być uznana za ofertę najkorzystniejszą, jest wyłącznie hipotetyczne. „Pomimo zatem nieposłużenia się przez ustawodawcę pojęciem „interesu prawnego” wnoszący odwołanie, nie może powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego zamówienia przewidywanego w przyszłości. Tym samym, brak konieczności oparcia się na normie prawa materialnego nie oznacza dowolności w ocenie, czy wnoszący środek ochrony prawnej jest do tego legitymowany” (Informator Urzędu Zamówień Publicznych, Bernadetta Tarnowska, Luty 2010, nr 2, www.uzp.gov.pl). Stanowisko powyższe znajduje także potwierdzenie w orzecznictwie (np. wyrok KIO z dnia 5 października 2010 r. sygn. akt KIO 2015/10, 2025/10, 2033/10, wyrok KIO z 14 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/1365/10, wyrok SO w Warszawie z dnia 2 kwietnia 2009 r. sygn. akt V Ca 307/09). Warto zacytować w tym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO/974/10: „Tym samym Odwołujący w momencie nie udowodnienia niezasadności odrzucenia jego oferty traci szanse na uzyskanie niniejszego zamówienia i możliwe jest postawienie tezy o utracie interesu do wnoszenia środka ochrony prawnej w postaci odwołania i kwestionowania ofert wybranych. Odwołujący nie wykazał, że ma lub miał interes w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia. Potwierdza to chociażby żądanie unieważnienia postępowania Odwołującego. Świadczyć to może o tym, iż Odwołujący zakładał, iż jego oferta została prawidłowo odrzucona i kwestionował oferty wybrane aby doprowadzić do unieważnienia postępowania z powodu nie złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. To umożliwiłoby mu złożenie ważnej oferty w kolejnym postępowaniu przy poznaniu cen konkurentów. Zgodnie z przyjętą regułą wnoszący odwołanie, nie może powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego zamówienia przewidywanego w przyszłości. Interes wykonawcy wnoszącego odwołanie musi polegać na możliwości uzyskania przez niego zamówienia w tym konkretnym postępowaniu, w którym wnosi odwołanie. Niedopuszczalne jest zatem żądanie przez niego unieważnienia postępowania, ponieważ uwzględnienie tego żądania uniemożliwia wykonawcy uzyskanie danego zamówienia. Wykonawca, który żąda unieważnienia postępowania, pozbawia się szansy na wygranie przetargu, co pozbawia go również interesu do wniesienia opartego na tym żądaniu odwołania.”

Ponadto Izba stwierdza, iż, jak wskazano powyżej Odwołujący, nie wykazał poniesienia lub możliwości poniesienia szkody wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Przede wszystkim należy zauważyć, iż ani w Kodeksie cywilnym ani

w ustawie Pzp pojęcie szkody nie zostało zdefiniowane. Jednak trafny wydaje się pogląd ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy Pzp, co oznacza, iż wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy Pzp. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego. Jak podnosi się w piśmiennictwie następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności zdarzenia, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie - uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są one wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. Jak można wywieść z wyroku SN z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn. akt V CSK 18/08, Lex nr 424431) następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia. Podobny pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 czerwca 2010 roku, sygn. akt KIO/1081/10 oraz w wyroku z dnia 24 sierpnia 2010 roku, sygn. akt KIO/1719/10. Odnosząc powyższe rozważania do okoliczności niniejszej sprawy, biorąc pod uwagę, iż Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia, nie zdołał on również wykazać możliwości poniesienia szkody, zaś podnoszone pozbawienie możliwości uczestniczenia w ewentualnym kolejnym postępowaniu należy uznać za nie objęte adekwatnym związkiem przyczynowym.

Dodatkowo Izba wskazuje, iż Odwołujący upatruje swojej legitymacji we wniesieniu odwołania wyłącznie w okoliczności, iż oferta wybrana również powinna podlegać odrzuceniu, co z uwagi na złożenie ofert tylko przez dwóch wykonawców skutkować winno unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wprawdzie podnosi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jednak zarzut ten nie ma na celu wykazania, iż to właśnie na podstawie oceny ofert niezgodnej z powyższymi naczelnymi zasadami postępowania został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Niezależnie jednak od powyższej konstatacji, Izba stwierdza, iż powyższy zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w sposób określony w treści odwołania nie znalazł potwierdzenia, a zatem nawet hipotetycznie nie mógłby stanowić uzasadnienia dla wniesienia skutecznego odwołania w oparciu o art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający pismami z dnia 15 listopada 2010 r. wezwał zarówno Odwołującego, jak i

wykonawcę wybranego do uzupełnienia dokumentów, wyznaczając ten sam termin 22 listopada 2010 r. Wezwanie skierowane do Odwołującego dotyczyło: 1) potwierdzenia opłacenia polisy na dzień 6 października 2010 r., 2) informacji z banku lub SKOK, w których wykonawca posiada rachunek potwierdzający wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową w kwocie minimum odpowiadającej wartości oferty, 3) dokumentów potwierdzających posiadanie wiarygodnych wyników wykonanych badań poligonowych autobusu i samochodu ciężarowego lub ciągnika siodłowego, które stanowią podstawę weryfikacji oprogramowania symulowanych pojazdów, ponieważ dokumenty dołączone do oferty nie potwierdzały weryfikacji eksperymentalnej modelu symulacyjnego dla co najmniej 3 manewrów opisanych testami ISO i ECE (hamowania w ruchu prostoliniowym, ruchu ustalonego po okręgu, podwójnej zmiany pasa ruchu) umożliwiających ocenę własności dynamicznych obu wymienionych pojazdów (pkt VI ppkt 3 SIWZ), przy czym Odwołujący, zgodnie z treścią wezwania, miał przedstawić kompletne dokumenty dla komisji przetargowej do dnia 22 listopada 2010 r. Wezwanie skierowane do ETC-PZL Aerospace Industries sp. z o.o. dotyczyło: 1) oświadczenia z art. 24 ust. 2 o braku podstaw do wykluczenia, 2) potwierdzenia opłacenia polisy na dzień 6 października 2010 r., 3) dokumentów potwierdzających posiadanie wiarygodnych wyników wykonanych badań poligonowych autobusu i samochodu ciężarowego lub ciągnika siodłowego, które stanowią podstawę weryfikacji oprogramowania symulowanych pojazdów, ponieważ dokumenty dołączone do oferty nie potwierdzały weryfikacji eksperymentalnej modelu symulacyjnego dla co najmniej 3 manewrów opisanych testami ISO i ECE (hamowania w ruchu prostoliniowym, ruchu ustalonego po okręgu, podwójnej zmiany pasa ruchu) umożliwiających ocenę własności dynamicznych obu wymienionych pojazdów (pkt VI ppkt 3 SIWZ), przy czym wykonawca ten, zgodnie z treścią wezwania, miał przedstawić kompletne dokumenty do wglądu dla komisji przetargowej do dnia 22 listopada 2010 r. (załączył do oferty jedynie fragmenty dokumentów). Odwołujący w ogóle nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego i nie przedłożył żadnych dokumentów, toteż nie można uznać, iż ocena dokonana przez Zamawiającego dyskryminowała Odwołującego. Drobna różnica w sformułowaniu wezwania nie potwierdza jeszcze naruszenia zasady równości wykonawców, tj. iż zakres wymagań wobec obu oferentów był odmienny. Jest to jedynie przypuszczenie Odwołującego wywodzone z interpretacji treści wezwania. Odwołujący w ogóle nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego i nie przedstawił żadnych dokumentów (ani do wglądu ani w inny sposób), toteż zarzut nierównego traktowania wykonawców czy oceny ich ofert z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie znalazł w tej mierze potwierdzenia. Należy podkreślić, iż wezwanie skierowane do Odwołującego było podyktowane okolicznością, iż załączone do oferty dokumenty nie potwierdzały spełnienia warunków postawionych w SIWZ. Załączenie przez obydwu wykonawców innych dokumentów w odniesieniu do

udokumentowania posiadania wiarygodnych wyników wykonanych badań poligonowych autobusu i samochodu ciężarowego lub ciągnika siodłowego, które stanowią podstawę weryfikacji oprogramowania symulowanych pojazdów, wynikało z odmiennej interpretacji przez nich postanowień SIWZ, nie zaś z naruszających zasadę równości czy uczciwej konkurencji działań Zamawiającego. Podobnie w odniesieniu do żądanej od Odwołującego informacji z banku lub SKOK, w których wykonawca posiada rachunek potwierdzający wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową w kwocie minimum odpowiadającej wartości oferty, dokument załączony do oferty przez Odwołującego nie potwierdzał spełnienia warunku postawionego w SIWZ (w ogóle nie określał ani wysokości posiadanych środków ani zdolności kredytowej), w przeciwieństwie do dokumentu zawartego w ofercie wykonawcy wybranego. Co do wezwania w odniesieniu do potwierdzenia opłacenia polisy zostało ono skierowane do obu wykonawców. Odwołujący przyznał na rozprawie, iż na dzień składania ofert nie posiadał opłaconej polisy OC wymaganej przez Zamawiającego – dysponował polisą z odroczonym terminem płatności i na dzień 6 października 2010 r. polisa nie została jeszcze opłacona. Oznacza to zatem, iż Odwołujący faktycznie nie mógł zadośćuczynić wezwaniu Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, ponieważ nie było możliwe wsteczne opłacenie polisy. Nie można zatem twierdzić, iż w jakikolwiek sposób działania Zamawiającego dyskryminowały Odwołującego czy świadczyły o nierównym czy naruszającym zasadę uczciwej konkurencji traktowaniu obu wykonawców.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) oraz § 5 ust. 3 i 4 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). Izba nie uwzględniła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, ponieważ nie przedłożył on do akt sprawy rachunku ani faktury, co stanowi zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 ww rozporządzenia niezbędną przesłankę zasądzenia tych kosztów.

Przewodniczący:

.....