

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Ronikier-Dolańska**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2011 r. przez **Pfisterer sp. z o.o. w Ożarowie Mazowieckim** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **EnergiaPro S.A. we Wrocławiu**

przy udziale uczestnika postępowania – **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego Prosper sp. z o.o. w Sosnowcu, Janusza Lizaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa Eliot w Babicach, Rutex sp. z o.o. w Częstochowie, Energo – Market Zet sp. z o.o. w Tarnowie, Energokabel sp. z o.o. w Świebodzicach**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Pfisterer sp. z o.o. w Ożarowie Mazowieckim** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Pfisterer sp. z o.o. w Ożarowie Mazowieckim** tytułem wpisu od odwołania oraz zasądza od **Pfisterer sp. z o.o. w Ożarowie Mazowieckim** na rzecz **EnergiaPro S.A. we Wrocławiu**

kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1576/11

Uzasadnienie

EnergiaPro sp. z o.o. we Wrocławiu zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na dostawę izolatorów na potrzeby EnergiaPro S.A. i Enion S.A.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 kwietnia 2011 r. pod numerem 2011/S 78 – 128747.

W dniu 14 lipca 2011 r. pismem z tego samego dnia zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu m.in. Pfisterer sp. z o.o. w Ożarowie Mazowieckim (dalej „odwołujący”) o wyborze jako najkorzystniejszej na zadania nr 7 i 8 oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowego Prosper sp. z o.o. w Sosnowcu, Janusza Lizaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa Eliot w Babicach, Rutex sp. z o.o. w Częstochowie, Energo – Market Zet sp. z o.o. w Tarnowie, Energokabel sp. z o.o. w Świebodzicach (dalej „konsorcjum Prosper”).

Dnia 22 lipca 2011 r. odwołujący wniósł pismem z tego samego dnia odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując zamawiającemu.

Odwołujący wniósł odwołanie na zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia ofert złożonych przez konsorcjum Prosper na zadania nr 7 i 8 oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszych jego ofert złożonych na te zadania zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 oraz 87 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W konsekwencji odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji dotyczącej wyboru najkorzystniejszych ofert dla zadań nr 7 i 8,
2. nakazanie zamawiającemu, aby odrzucił oferty konsorcjum Prosper dla zadań nr 7 i 8,
3. nakazanie zamawiającemu, aby dokonał powtórnej oceny ofert dla zadań nr 7 i 8 oraz powtórnego wyboru najkorzystniejszych ofert dla powołanych zadań.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów odwołujący wskazał, iż zaoferowany przez konsorcjum Prosper przedmiot zamówienia nie spełnia wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”), co wynika z następujących okoliczności:

- a. Zgodnie z siwz, załącznik 2, Parametry techniczne izolatorów kompozytowych SN i WN (zadanie nr 7 i 8), pkt 12, jako spoiwo wymagany był materiał w postaci „silikonu metastabilnego”. Tymczasem konsorcjum Prosper na str. 209 i 219 oferty przedstawiło opis procesu produkcyjnego oraz materiały, z których skonstruowane są izolatory SN (str. 209) i WN (str. 219) firmy FCI Insulators. Z opisu wynika, iż w tej konstrukcji brak jest silikonu metastabilnego jako spoiwa wymaganego w siwz. Dalej odwołujący dodał, iż producent izolatorów, które zostały przedstawione w ofercie (FCI Insulators) na swojej stronie internetowej potwierdza, iż nie stosuje silikonu metastabilnego: <http://www.fcifurukawa.hu/advantage/flyer-1>, <http://www.fcifurukawa.hu/advantage/flyer-2>.
- b. Zgodnie z pkt. XI pp.1.11 b. i c siwz, do oferty należało dołączyć oceny własności technicznych wykonane przez niezależną jednostkę badawczą. Tymczasem na str. 210 pkt 4.3 oferty konsorcjum Prosper znajduje się wykaz izolatorów, wśród których brak izolatorów lub danych technicznych izolatorów zaproponowanych w ofercie.
- c. Zgodnie z załącznikiem 2 do siwz w zadaniu nr 8 poz. 5 wymagane było zaoferowanie izolatora długości montażowej 1290mm. Na str. 171 oferty konsorcjum Prosper zaprezentowano izolator, którego długość montażowa jest określona na 1290mm. Jednak z analizy wymiarów „cząstkowych” wynika, iż rzeczywisty wymiar izolatora wynosi 1315mm. Konsorcjum Prosper poproszone o wyjaśnienie tej rozbieżności oświadczyło, iż nastąpiła omyłka rachunkowa i przesłało nową kartę katalogową z wymiarami zgodnymi z siwz. W ocenie odwołującego nie można tego traktować jako omyłki rachunkowej. Ponadto

jedynym uprawnionym do poprawienia omyłki rachunkowej jest zamawiający. Przesłana nowa karta katalogowa świadczy o zmianie przedmiotu oferty. Ta czynność dopuszczona przez zamawiającego narusza art. 87 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący podniósł, iż ze względu na powołane okoliczności zamawiający powinien odrzucić oferty konsorcjum Prosper złożone dla zadań 7 i 8.

Zamawiający zawiadomił konsorcjum Prosper o odwołaniu wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz przesyłając kopię odwołania za pośrednictwem faksu w dniu 22 lipca 2011 r.

Pismem z dnia 25 lipca 2011 r. do Prezesa Izby zostało przesłane za pośrednictwem faksu oraz wniesione w formie pisemnej (prezentata) zgłoszenie przez konsorcjum Prosper przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Zamawiający oraz przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Ponadto podniesiony został brak interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, co także stanowiło argument za oddaleniem odwołania.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone podczas rozprawy, za podstawę rozstrzygnięć Izba przyjęła następujące ustalenia faktyczne:

Przedmiot zamówienia, którym jest dostawa izolatorów na potrzeby EnergiaPro S.A. i Enion S.A., zamawiający podzielił na osiem zadań (pkt IV siwz).

Jedynym kryterium oceny ofert jest cena (pkt XVIII siwz).

Jak wynika z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej datowanej na dzień 14 lipca 2011 r. zarówno na zadanie nr 7, jak i 8 ofertę najkorzystniejszą złożyło konsorcjum Prosper (otrzymało 100 pkt.). Jako kolejnych (pozycja nr 2 w rankingu) w obu zadaniach

sklasyfikowano wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Stanisława Gabruka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Sega oraz Eltrans sp. z o.o. (zadanie nr 7 – 78,18 pkt., zadanie nr 8 – 92,90 pkt.). Odwołujący w przypadku obydwu zadań złożył ofertę sklasyfikowaną na pozycji nr 3 (zadanie nr 7 – 75,83 pkt., zadanie nr 8 – 92,73 pkt.).

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Przymiot uczestnika postępowania uzyskało konsorcjum Prosper.

Izba stwierdziła, że odwołujący w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie jest legitymowany do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z przywołanym przepisem, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę.

Odnosząc się do przesłanki interesu (prawnego lub faktycznego) w uzyskaniu zamówienia należy wyrazić pogląd, iż odwołujący niewątpliwie ma interes w uzyskaniu zamówienia. Składając ofertę wyraził wolę ubiegania się o zamówienie, wciąż pozostaje uczestnikiem postępowania (nie został wykluczony, a jego oferta nie została odrzucona), zatem dopóki postępowanie nie zostanie zakończone zawarciem umowy (udzieleniem zamówienia) bądź unieważnieniem postępowania, dotąd interes odwołujący będzie miał.

Do rozstrzygnięcia pozostaje, czy spełniona jest także w okolicznościach niniejszej sprawy druga przesłanka legitymacji czynnej, ponieważ w koniunkcji z interesem wykonawca musi wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W odwołaniu sformułowane zostały wyłącznie zarzuty dotyczące nieprawidłowości w ocenie oferty konsorcjum Prosper. Innymi słowy odwołujący (w odniesieniu do obu zadań)

kwestionował wyłącznie poprawność wyboru oferty najkorzystniejszej, nie wskazując na żadne uchybienia dotyczące oferty, która zajęła drugie miejsce. Aby w wyniku rozstrzygnięcia odwołania możliwe było uzyskanie przez odwołującego zamówienia, powinien on podnieść zarzuty dotyczące wszystkich poprzedzających go w rankingu ofert.

Odwołujący argumentował na rozprawie, iż wykonawca sklasyfikowany w zakresie zadania nr 7 oraz 8 na pozycji 2 oparł swoją ofertę na produktach odwołującego, tym samym w przypadku skutecznego zakwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej to oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Stanisława Gabruka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Sega oraz Eltrans sp. z o.o. (dalej „konsorcjum Sega”) będzie najkorzystniejsza. Odwołujący, jako producent oferowanych przez konsorcjum Sega izolatorów, jest zatem zainteresowany, aby zamówienie zostało udzielone temu wykonawcy. Nieudzielenie zamówienia konsorcjum Sega oznacza poniesienie przez odwołującego szkody.

Izba stoi na stanowisku, iż odwołujący nie wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Przede wszystkim należy zauważyć, iż ani w kodeksie cywilnym, ani w 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 Pzp podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom Pzp. Konieczne jest tym samym udowodnienie przez odwołującego, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Jak podnosi się w piśmiennictwie następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie - uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są 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.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, biorąc pod uwagę, iż oferta odwołującego, w przypadku uwzględnienia odwołania, byłaby druga w rankingu ofert, Izba wyraża pogląd, że odwołujący nie wykazał, iż w przypadku uwzględnienia odwołania, a tym samym przesunięcia się odwołującego w klasyfikacji na drugie miejsce, z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, zostałaby zawarta z nim umowa, a tym samym skutek naruszenia ustawy może ponieść szkodę.

Argumenty podnoszone przez odwołującego, sprowadzające się w istocie do stwierdzenia, iż odwołanie wniósł w interesie podmiotu trzeciego – konsorcjum Sega, Izba uważa za nietrafne. Stanowisko odwołującego powinno zmierzać do wykazania, iż to wynikające z naruszenia przez zamawiającego ustawy nieudzielenie jemu (odwołującemu) zamówienia naraziło go (mogło narazić) na szkodę.

W tym miejscu trzeba dodać, iż także przepis art. 94 ust. 3 Pzp przewidujący, w przypadku uchylenia się wybranego wykonawcy od zawarcia umowy, możliwość udzielenia przez zamawiającego zamówienia kolejnemu wykonawcy (bez przeprowadzania ponownego badania i oceny ofert), nie stanowi wystarczającego uzasadnienia dla uznania, iż w okolicznościach niniejszej sprawy, w wyniku naruszenia przez zamawiającego ustawy, szkoda może być przez odwołującego poniesiona. Powołany przepis stanowi o uprawnieniu zamawiającego we wskazanych w nim sytuacjach do wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert. Przyjąć trzeba, iż szkoda (możliwość jej poniesienia bądź jej poniesienie) dotyczy sytuacji, gdy wskutek naruszenia przepisów ustawy, odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Nieuprawdopodobnione przez odwołującego okoliczności zastosowania przez zamawiającego art. 94 ust. 3 Pzp stanowić mogą jedynie o możliwości poniesienia szkody ewentualnej (szkoda ewentualna na gruncie prawa cywilnego, jest prawnie obojętna i oznacza, iż prawdopodobieństwo jej poniesienia jest niewielkie lub niemożliwe do ustalenia). Za typową należy uznać sytuację, gdy umowa jest zawierana z wykonawcą, którego oferta została wybrana, odstępstwo od reguły natomiast stanowi uchylenie się przez wykonawcę od zawarcia umowy.

Tym samym w niniejszym postępowaniu wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie należało oddalić. Odwołujący ma bowiem interes w uzyskaniu zamówienia, jednak hipotetyczne założenia jakie poczynił wiążące możliwość poniesienia przez niego szkody z nieudzieleniem zamówienia podmiotowi trzeciemu (konsorcjum Sega), wskazują, iż odwołujący nie wykazał

poniesienia lub możliwości poniesienia szkody. Odwołujący nie przedstawił argumentów przemawiających za tezą, iż naruszenie przez zamawiającego ustawy w konsekwencji doprowadziło do nieudzielenia jemu (odwołującemu) zamówienia narażając go na szkodę.

W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....