

WYROK
z dnia 4 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 22 października 2010 r. przez **Krośnieńskie Przedsiębiorstwo Budowlane w Krośnie Spółkę Akcyjną, 38-400 Krosno, ul. Lewakowskiego 25** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Gmina Krosno, 38-400 Krosno, ul. Lwowska 28a**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Krośnieńskie Przedsiębiorstwo Budowlane w Krośnie Spółkę Akcyjną, 38-400 Krosno, ul. Lewakowskiego 25 i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczanego przez Krośnieńskie Przedsiębiorstwo Budowlane w Krośnie Spółkę Akcyjną, 38-400 Krosno, ul. Lewakowskiego 25.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krośnie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Krosno – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na „budowę sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej nr 5, ul. Grunwaldzka w Krośnie”.

18 października 2010 r. (pismem z 15 października 2010 r.) Zamawiający za pośrednictwem faksu poinformował Odwołującego – Krośnieńskie Przedsiębiorstwo Budowlane w Krośnie S.A. – o wynikach postępowania: odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunalnego spółka z o.o. z siedzibą w Jaśle.

22 października 2010 r. (pismem z 21 października 2010 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, którego kopię w tym samym dniu przekazał Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu, iż przez podjęte czynności Zamawiający naruszył:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez jego zastosowanie w sytuacji gdy nie zaistniały do tego ustawowe przesłanki i odrzucenie oferty pomimo, że jej treść odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie s.i.w.z.).
2. Art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez jego błędną interpretację tj. uznanie, że treść kosztorysu ma jakikolwiek wpływ na sytuację oferenta w postępowaniu o zamówienie publiczne.
3. Art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy pzp – polegające na prowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający warunków uczciwej konkurencji, poprzez nierówne traktowanie Wykonawców oraz stosowanie różnych kryteriów ocennych w ramach tego samego stanu faktycznego.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty innego oferenta.
2. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności poprzez ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący podniósł w szczególności, iż jego oferta została odrzucona gdyż nie dołączył do niej kosztorysu ofertowego. Bezsprzecznym jest, że sposób wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane Zamawiający określił jako

Sygn. akt KIO 2299/10

ryczałt (pkt 10.1 s.i.w.z.; § 9 ust. 1 wzoru umowy). Co do zasady należy zatem stwierdzić, że spełnienie warunku dołączenia do oferty kosztorysu nie może mieć znaczenia przesądzającego o przyjęciu bądź odrzuceniu oferty Odwołującego. Poza tym formułując treść pkt. 10.7 i 12 s.i.w.z. Zamawiający wyraźnie podkreślił, że: niezależnie od treści dołączonego do oferty kosztorysu decydujące znaczenie będzie miała podana w ofercie cena za którą oferent zobowiązał się wykonać zamówienie; niezależnie od pomyłek rachunkowych występujących w dołączonym do oferty kosztorysie Zamawiający będzie uprawniony do ich weryfikacji w oparciu i w zgodzie z zaoferowaną ceną. W związku z powyższym, brak kosztorysu należy uznać za brak nie powodujący niezgodności oferty z s.i.w.z. a zatem za brak niestanowiący podstawy do odrzucenia oferty. Dodatkowo kosztorys szczegółowy nie jest wymieniony w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców oraz form jakich te dokumenty mogą być składane oraz, że dokument ten nie stanowi potwierdzenia spełnienia warunków określonych w art. 25 ust. 1 ustawy pzp, co powinno skutkować brakiem przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty na podst. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp.

Odwołujący wskazał nadto, iż jego interes prawny wyraża się bezpośrednio w możliwości korzystnego rozstrzygnięcia przetargu, w sytuacji kiedy wszystkie czynności Zamawiającego zostałyby wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy pzp. Ponadto Odwołujący w przypadku utrzymania wymienionych w odwołaniu przepisów może ponieść szkodę w postaci braku wyboru jego oferty w sytuacji posiadania możliwości i doświadczenia do wykonania robót budowlanych objętych przetargiem.

2 listopada 2010 r. Zamawiający przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Odpis odpowiedzi na odwołanie został przekazany Odwołującemu przed otwarciem rozprawy na posiedzeniu 4 listopada 2010 r.

Żaden z pozostałych wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego, jednak Izba ustaliła, iż Zamawiający zaniechał w stosunku do dwóch wykonawców dopełnienia obowiązku wynikającego z przepisu art. 185 ust. 1 pzp.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, a zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Sygn. akt KIO 2299/10

Po ustaleniu z urzędu, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 9 września 2010 r. pod nr 284804-2010, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.krosno.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy i wynosi 4.314.815,76 zł, co stanowi równowartość 1.123.942,63 euro.

Odwołujący złożył trzecią ofertę pod względem ceny, która zgodnie z postanowieniami pkt. 11 s.i.w.z. stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Oferta wykonawcy który złożył ofertę z najniższą ceną została wybrana przez Zamawiającego, a wykonawca, który złożył następną pod względem ceny ofertę został przez Zamawiającego sklasyfikowany na drugim miejscu w rankingu ofert.

Odwołujący poza przekazaniem kopii odwołania nie informował Zamawiającego o żadnej innej niezgodnej z przepisami ustawy pzp czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której był on zobowiązany na podstawie ustawy pzp w stosunku do ofert wykonawcy wybranego i znajdującego się na drugim miejscu w rankingu.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, przekazanej również Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., protokołu postępowania, oferty Odwołującego oraz na podstawie innych przywołanych pism i dokumentów.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz złożone ustnie w toku rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 9 września 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia

Sygn. akt KIO 2299/10

5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołanie nie może zostać uwzględnione z uwagi na stwierdzony przez Izbę po stronie Odwołującego brak interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Z tego względu Izba odstąpiła od merytorycznego rozpatrzenia podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Zgodnie ze wskazanym przepisem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Odwołujący w chwili wniesienia odwołania nie ma i nie miał interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż nawet ewentualne potwierdzenie się w toku postępowania odwoławczego zasadności zarzutów odwołania nie oznaczałoby, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponosząc tym samym szkodę. W ocenie Izby w chwili wnoszenia odwołania Odwołujący nie legitymował się już tym interesem, gdyż złożył trzecią ofertę pod względem ceny, która stanowi jedyne kryterium oceny ofert, zatem uwzględnienie odwołania nie otworzyłoby mu realnej możliwości uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o jego udzielenie.

Interes uprawiający do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, stanowi materialnoprawną przesłankę zasadności odwołania i podlega ocenie na dzień jego wniesienia zarówno w kontekście stawianych zarzutów, jaki i zaskarżanych czynności, bądź zaniechań dokonania czynności przez zamawiającego. W niniejszej sprawie czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego mogłaby powodować uszczerbek w jego interesie objawiający się pozbawieniem szans na uzyskanie zamówienia, jednak pod warunkiem, że kierowałby on swoje zarzuty również przeciwko zaniechaniu odrzucenia przez Zamawiającego zarówno oferty wybranej jako najkorzystniejsza jak i oferty sklasyfikowanej na drugim miejscu. Brak zarzutów dotyczących tych ofert powoduje, że nawet przy ewentualnej zasadności zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby być sklasyfikowana najwyżej na trzecim miejscu, nie prowadząc do uzyskania zamówienia. Izba wzięła pod uwagę, iż przepis art. 179 ust. 1 pzp stanowi zarówno o sytuacji, w której wykonawca ma interes w uzyskaniu zamówienia, jak i sytuacji, w której wykonawca miał interes w uzyskaniu zamówienia, co pozwala na wykazywanie

posiadania tego interesu w momencie dokonywania przez zamawiającego czynności kwestionowanej zarzutami wniesionego odwołania. Nie zmienia to jednak tego, iż przy ocenie posiadania tego interesu przez wykonawcę w przeszłości należy również uwzględnić zakres podniesionych przez niego we wniesionym odwołaniu zarzutów. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, biorąc pod uwagę zakres zarzutów odwołania, należy uznać, iż Odwołujący kwestionując wyłącznie odrzucenie swojej oferty, trzeciej pod względem ceny stanowiącej jedyne kryterium oceny, nie wykazał tym samym również, iż miał jeszcze ten interes w momencie odrzucenia jego oferty.

Izba zważyła przy tym, iż z mocy przepisu art. 180 ust. 2 pzp, ograniczającego zakres zaskarżalnych czynności w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych, Odwołujący nie mógł kwestionować we wniesionym odwołaniu wyboru najkorzystniejszej oferty i klasyfikacji innych ofert dokonanej przez Zamawiającego. Odwołujący, jeżeli miał zastrzeżenia względem prawidłowości tych czynności, mógł i powinien w terminie jak na wniesienie odwołania skorzystać z instytucji przewidzianej w przepisie art. 181 ust. 1 pzp i równoległe ze złożeniem odwołania na odrzucenie swojej oferty poinformować Zamawiającego o naruszeniu przez te czynności przepisów ustawy pzp. W ocenie Izby tylko w takim przypadku możnaby uznać, że uwzględnienie odwołania otworzy Odwołującemu realną możliwość uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o jego udzielenie, gdyż z przepisu art. 181 ust. 1 pzp nie wynika ograniczenie terminu jakim zamawiający może uznać zasadność przekazanej informacji.

Nadto należy stwierdzić, iż przepis art. 179 ust. 1 pzp wymaga od wykonawcy wnoszącego środki prawne nie tylko legitymowania się interesem w uzyskaniu zamówienia, ale również wykazania, iż poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp. Przez szkodę należy rozumieć uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy jakiego doznaje poszkodowany wykonawca w wyniku określonego działania lub zaniechania zamawiającego. Wobec tego w świetle art. 179 ust. 1 ustawy pzp szkoda musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, co oznacza, iż musi ona pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, 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 wnoszącego odwołanie. Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu oferta Odwołującego zajęłaby trzecie miejsce w razie niedokonania czynności jej odrzucenia, Odwołujący nie wykazał skutecznie, iż przy braku odrzucenia jego oferty, realnym byłby taki wynik postępowania, w następstwie którego zostałaby z nim zawarta umowa, a tym samym wskutek naruszenia ustawy mógł on ponieść szkodę. Aktualne

Sygn. akt KIO 2299/10

brzmienie art. 179 ust. 1 ustawy pzp wskazuje bowiem na konieczność wykazania, iż szkoda została poniesiona w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy lub też udowodnienia przez wykonawcę możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy. Odwołujący wnosząc odwołanie obowiązany był zatem wykazać możliwość poniesienia szkody wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, w tym przypadku poprzez bezprawne odrzucenie jego oferty, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, czego jednak nie uczynił.

Wobec tego, że art. 179 ust. 1 ustawy pzp wymaga wykazania łącznego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp, stwierdzić należy, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia żadnej z tych przesłanek.

Mając powyższe na uwadze, Izba działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, obciążając Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego w postaci uiszczonego przez niego wpisu.

Przewodniczący:

.....