

Sygn. akt: KIO 1021/10

WYROK
z dnia 14 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: EGL Energia Sp. z o.o., Firma Handlowo Usługowa BROSS Spółka Cywilna Janusz Sobecki, Tomasz Kusek, 35-045 Rzeszów, ul. Hetmańska 13** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Urząd Miejski, 82-440 Dzierzgoń, Plac Wolności 1.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: EGL Energia Sp. z o.o., Firma Handlowo Usługowa BROSS Spółka Cywilna Janusz Sobecki, Tomasz Kusek, 35-045 Rzeszów, ul. Hetmańska 13

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: cztery dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Konsorcjum: EGL Energia Sp. z o.o., Firma Handlowo Usługowa BROSS Spółka Cywilna Janusz Sobecki, Tomasz Kusek, 35-045 Rzeszów, ul. Hetmańska 13.**

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Dzierzgoń, Plac Wolności 1, 82-440 Dzierzgoń (dalej: „Zamawiający”) przeprowadził postępowanie o udzielenie w trybie przetargu nieograniczonego zamówienia publicznego na „*Wybudowanie nowego systemu oświetlenia ulicznego, we wskazanych lokalizacjach na terenie gminy Dzierzgoń, przy zastosowaniu opraw oświetleniowych, zasilanych ekologicznym zestawem hybrydowych instalacji wiatrowo-słonecznych, w ramach projektu pn. Instalacja lamp hybrydowych w Gminie Dzierzgoń*”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 02.04.2010 r. Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „*ustawa Pzp*”).

Odwołujący – Konsorcjum firm: EGL Energia Sp. z o.o., Firma Handlowo-Usługowa BROSS, Spółka cywilna Janusz Sobiecki, Tomasz Kusek, ul. Hetmańska 13, 35-045 Rzeszów (dalej: „*Odwołujący*”) w dniu 21.05.2010 r. otrzymał informację o wynikach postępowania, w tym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Niezgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący w dniu 26.05.2010 r. wniósł odwołanie bezpośrednio do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zaskarżając czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, zarzucając w nim naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji gdy w pełni (jego zdaniem) wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego w postaci określonej w informacji o zmianie ogłoszenia o zamówieniu publicznym oraz zmianie treści SIWZ z dnia 14.04.2010 r.,
- art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia na skutek nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania, odrzucenia jego oferty a tym samym spowodowanie, iż formalnie zaszły przesłanki do unieważnienia postępowania, co spowodowało po stronie Odwołującego wymierną szkodę związaną z kosztami udziału w postępowaniu jak również utratę możliwości uzyskania zamówienia publicznego.

Faktyczne powody wykluczenia Odwołujące polegają na odmiennej interpretacji z jednej strony przez Odwołującego z drugiej zaś przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu poprzez wykazanie się w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej 2 robót budowlanych, odpowiadających swoim rodzajem i wartością niniejszemu zamówieniu, w tym wskazanie zastosowania hybrydowych instalacji wiatrowo-słonecznych.

Zamawiający dokonał modyfikacji powyższego warunku poprzez żądanie wykazania przez wykonawców w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej 2 robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością niniejszemu zamówieniu oraz wykonanie w tym okresie hybrydowych instalacji wiatrowo-słonecznych o łącznej wartości co najmniej 60 szt. Odwołujący, w przeciwieństwie do Zamawiającego powyższy warunek zinterpretował w ten sposób, iż jego zdaniem należało wykazać się 2 robotami budowlanymi, z których obie roboty budowlane łącznie miały odpowiadać wartości niniejszego postępowania. Zamawiający zaś twierdził, iż w świetle zapisów SIWZ należało wykazać się 2 robotami budowlanymi, z których każda miała odpowiadać wartości niniejszego zamówienia.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie dokonanego wykluczenia z postępowania Odwołującego i odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia postępowania, wyboru oferty Odwołującego z uwagi, iż jest ona jedyną niepodlegającą odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 28.05.2010 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, jednocześnie nieuwzględniając zarzutów zawartych w odwołaniu.

W terminie przewidzianym ustawą Pzp do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Ponadto w związku z brakiem podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty złożonej przez Odwołującego, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: Krajowa Izba Odwoławcza oddała przedmiotowe odwołanie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że w związku iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 02.04.2010 r. to jest po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji”. Zatem w oparciu o art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych ustawy nowelizującej do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania znajdują zastosowanie przepisy Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem wskazanych powyżej nowelizacji, które weszły w życie odpowiednio w dniu 22 grudnia 2009 roku oraz w dniu 29 stycznia 2010 roku.

Następnie skład orzekający Izby wskazuje, iż Izba z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia jest przesłanką materialnoprawną co oznacza, iż odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone.

Nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 2 grudnia 2009 r. dokonano implementacji dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w zakresie zamówień publicznych. W świetle art. 1 ust. 3 ww. dyrektywy Państwa Członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Powyższy przepis dyrektywy odwoławczej znalazł swoje odzwierciedlenie w treści art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z ww. 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 Prawo zamówień publicznych.

Niniejszy przepis ustawy uległ zmianie w szczególności poprzez rezygnację przez ustawodawcę z interesu prawnego na rzecz pojęcia – „interesu w uzyskaniu danego

zamówienia”. W świetle nowych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże, łącznie spełnienie następujących przesłanek, t.j. wykaże, że:

- 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz
- 2) poniósł lub może ponieść szkodę

a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż ustawodawca posługuje się pojęciem „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”, co oznacza że Odwołujący zobowiązany jest do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia, t.j. wykazania, że obiektywnie w konkretnym postępowaniu posiada potrzebę uzyskania danego zamówienia, będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Interes w uzyskaniu zamówienia musi odnosić się do konkretnego postępowania w konkretnym stanie faktycznym. Ponadto, na co wskazuje treść art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący jednocześnie zobowiązany jest do wykazania, że poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Mając powyższe rozważania na względzie w opisanym stanie faktycznym skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący nie legitymował się interesem w uzyskaniu zamówienia w korzystaniu z środków ochrony prawnej, o których stanowi treść art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przedmiotowym postępowaniu, niezależnie od zasadności zarzutów wskazanych w odwołaniu, Odwołujący nie wykazał istnienia interesu w uzyskaniu danego zamówienia ponieważ nie przedłużając terminu związania ofertą nie wyraził woli dalszego uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji uzyskania zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że termin związania ofertą w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 21.05.2010 r. oraz w tym też terminie wygasło wadium złożone przez Odwołującego w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowe postępowanie w dniu 21.05.2010 r., t.j. w ostatnim dniu upływu terminu związania ofertą, zaś postępowanie odwoławcze zostało wszczęte (poprzez wniesienie odwołania) w dniu 26.05.2010 r. Odwołujący na rozprawie przyznał, iż nie przedłużył terminu związania ofertą, a wnosząc odwołanie, jego oferta nie była zabezpieczona wadium.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania

ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Tym samym to wykonawca wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą bądź samodzielnie przedłużając niniejszy termin podejmuje decyzję o dalszym swoim udziale w niniejszym postępowaniu. To wykonawca, jako podmiot profesjonalny zobowiązany jest do działania z należytą starannością poprzez podejmowanie działań zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto należy również zwrócić uwagę na dyspozycję art. 85 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zgodnie z którym przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, albo jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Jednakże w niniejszym postępowaniu Odwołujący nie skorzystał z możliwości samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą na co pozwalała mu dyspozycja art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W konsekwencji Odwołujący swoim zachowaniem spowodował, iż w świetle tak przedstawionego stanu faktycznego nie można mówić, iż Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu danego zamówienia publicznego.

Nie można jednocześnie zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że przedłużenie terminu związania ofertą może wystąpić wyłącznie na wniosek zamawiającego. W świetle dyspozycji art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca samodzielnie ma prawo do przedłużenia terminu związania ofertą, czego Odwołujący w niniejszym postępowaniu nie uczynił.

W związku z powyższym należy również stwierdzić, iż Odwołujący w konsekwencji braku zaistnienia interesu w uzyskaniu danego zamówienia nie wykazał również tym samym istnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Mając powyższe na względzie, zakładając iż Krajowa Izba Odwoławcza bada istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia na moment wniesienia odwołania (wszczęcia procedury odwoławczej) należy stwierdzić, iż Odwołujący nie legitymuje się istnieniem interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia a w konsekwencji jednocześnie nie wykazał zaistnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W związku z powyższym, niezależnie od zasadności postawionych w odwołaniu zarzutów niniejsze odwołanie zostało oddalone.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....