

WYROK

z dnia 18 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rober Skrzyszewski

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2012r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2012r. przez wykonawcę Comtegra Sp. z o. o., Puławska 474, 02-884 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa,

przy udziale:

- A. wykonawcy ISCG Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 174, 02-486 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy ADT Group Sp. z o.o., ul. Łączyzny 3, 02-820 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Comtegra Sp. z o.o., Puławska 474, 02-884 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Comtegra Sp. z o. o. , Puławska 474, 02-884 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Comtegra Sp. z o. o. , Puławska 474, 02-884 Warszawa na rzecz ADT Group Sp. z o.o., ul. Łączyzny 3, 02-820 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (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 (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę platformy archiwizacji i backupu” prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 czerwca 2012 r. pod numerem ogłoszenia 2012/S 112-185543.

Odwołujący w dniu 20 lipca 2012 r. złożył ofertę na całe zamówienie, tj. obejmujące w/w dwie części Zamówienia.

W dniu 26 września 2012 r. Odwołujący zapoznał się z aktami postępowania.

Natomiast w dniu 27 września 2012 r. Odwołujący otrzymał drogą elektroniczną, za pośrednictwem faksu, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w Części I - wykonawcy ADT GROUP sp. z o.o., zaś w Części II - wykonawcy BONAIR S.A.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 5 października 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, czynności oraz zaniechania Zamawiającego podjętych w toku postępowania polegających na:

1. bezprawnym wyborze najkorzystniejszych ofert:
 - a) w Części I - wykonawcy ADT GROUP sp. z o.o.
 - b) w Części II - wykonawcy BONAIR S.A., podczas gdy oferty tych wykonawców podlegały odrzuceniu,
2. bezprawnym wezwaniu wszystkich wykonawców do uzupełnienia ofert w części merytorycznej tj. dotyczącej specyfikacji technicznej,
3. zaniechaniu odrzucenia ofert wszystkich wykonawców, jako nieodpowiadających treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4. zaniechaniu unieważnienia całego Postępowania, podczas gdy nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór najkorzystniejszej oferty: w Części I - wykonawcy ADT GROUP sp. z o.o., zaś w Części II - wykonawcy BONAIR S.A. podczas, gdy oferty tych wykonawców podlegały odrzuceniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niezgodne wezwanie wszystkich wykonawców do uzupełnienia ofert w części merytorycznej tj. dotyczącej specyfikacji technicznej,

3. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wszystkich wykonawców jako nieodpowiadającym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

4. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia całego postępowania, podczas gdy nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu,

5. innych przepisów ustawy Pzp wskazanych w treści uzasadnienia lub z niego wynikających.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wnosił o uwzględnienie w/w zarzutów w całości i dokonanie poniższych czynności:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert w Części I i Części II Postępowania,

2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert wszystkich wykonawców,

3. nakazanie unieważnienia całego przedmiotowego postępowania.

Odwołujący w ramach zgłoszonego zarzutu wskazał, że Zamawiający w trakcie procesu badania i oceny ofert, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wszystkich wykonawców do uzupełnienia informacji w załączonej do oferty specyfikacji technicznej, tj. Załącznika 2 do SIWZ - SPECYFIKACJA TECHNICZNA - CZĘŚĆ I oraz Załącznika nr 3 do SIWZ - SPECYFIKACJA TECHNICZNA - CZĘŚĆ II.

Odwołujący zwrócił przy tym uwagę, iż treść oferty będąca specyfikacją techniczną przedmiotu zamówienia, nie jest oświadczeniem lub dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w rozumieniu art. 25 ust. 1 Pzp.

W związku z tym – według Odwołującego - działanie Zamawiającego, polegające na wezwaniu do uzupełnienia specyfikacji technicznej będącej treścią merytoryczną oferty, było niezgodne z ustawą Pzp.

Z powyższych przyczyn - w ocenie Odwołującego - Zamawiający powinien uznać, że treść ofert wszystkich wykonawców nie odpowiada treści SIWZ na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, a zatem wszystkie te oferty powinny zostać odrzucone, a postępowanie

powinno zostać unieważnione na mocy art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wobec niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zauważył, że niezgodne z ustawą Pzp działanie Zamawiającego polegające na błędnym zastosowaniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie do uzupełnienia części oferty będącej specyfikacją techniczną, tj. częścią merytoryczną, spowodowały, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert, jako niezgodnych z SIWZ, a w konsekwencji zaniechał unieważnienia postępowania, skutkiem, czego Zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Opisane wyżej zaniechania i czynności niezgodne z cyt. wyżej ustawą, doprowadziły – w ocenie Odwołującego - do bezprawnego dokonania wyboru najkorzystniejszych ofert w Części I i Części II przedmiotowego postępowania.

Odwołujący podkreślił, iż niezgodne z ustawą Pzp dokonanie wyboru najkorzystniejszych ofert, stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, który wskazuje, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W dniu 8 października 2012r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy: ADT GROUP sp. z o.o. i ISCG sp. z o.o.

Pismem z dnia 11 października 2012r. Zamawiający w całości uwzględnił podniesione zarzuty.

W dniu 15 października 2012r. wykonawca: ADT GROUP sp. z o.o. wniósł sprzeciw do przedmiotowego uwzględnienia zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, złożonych ofert, powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26 września 2012r., zgłoszeń przystąpień do postępowania odwoławczego, pisma procesowego Przystępującego, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że sformułowany przez Odwołującego zarzut przeciwko czynności Zamawiającego wyboru najkorzystniejszych ofert, oparty z kolei o zarzut bezprawnego wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów przez wykonawców, w istocie zmierzał jedynie do unieważnienia przedmiotowego przetargu.

Zdaniem Izby w odwołaniu w istocie nie został podniesiony zarzut przeciwko ofertom konkurencyjnym, a jedynie ogólne żądanie uznania, że oferty podlegają odrzuceniu na mocy art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby tak zgłoszony zarzut nie stanowi w ogóle zarzutu w rozumieniu ustawy Pzp z uwagi na brak jego konkretyzacji.

Należy wskazać, że Odwołujący sprecyzował w odwołaniu jedynie zarzut naruszenia art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Jednak jego konstrukcja w istocie zmierzała do uznania obowiązku odrzucenia wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i unieważnienia go na zasadzie art.93 ust.1 pkt. 1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba zbadała przesłanki z przepisu art.179 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 niniejszej ustawy.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Na tle takiej treści odwołania Izba doszła do przekonania, że Odwołujący w ogóle nie ma interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a dąży jedynie do unieważnienia toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po to tylko, aby uzyskać ekspektatywę możliwości uzyskania zamówienia publicznego w innym, nowym przetargu.

Izba reprezentuje zapatrywanie, że interes w uzyskaniu zamówienia musi dotyczyć toczącego się postępowania przetargowego, a nie może odnosić się do hipotetycznej możliwości uzyskania zamówienia w innym, jeszcze niewszczętym postępowaniu przetargowym.

Według Izby Odwołujący nie wykazał również okoliczności poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba zwraca uwagę, że wszelkie nakłady, jakie poczynił Odwołujący w związku z toczącym się postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego stanowią normalne następstwo jego decyzji o uczestniczeniu w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy szkodą, którą poniósł czy poniesie a wskazanym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Nadto w ocenie Izby możliwość poniesienia szkody *lucrum cessans* w następstwie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp nie mieści się w pojęciu normalnego związku przyczynowego.

Zgodnie z art.361 § 1 kodeksu cywilnego zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła.

Jednocześnie wymaga wskazania, że stosownie do art.361 § 2 kodeksu cywilnego w powyższych granicach, w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządono.

Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący poniesienia takich strat i możliwości osiągnięcia korzyści nie udowodnił.

Z powyższych przyczyn Izba uznała, że Odwołującemu nie przysługuje środek ochrony prawnej z uwagi na brak interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia połączony z brakiem poniesienia i możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:

.....