

Sygn. akt: KIO 482/12

WYROK

z dnia 30 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Eltrans spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie** oraz **Unię Hurtowni Elektrycznych „El-Plus” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Dystrybucja Spółkę Akcyjną z siedzibą w Krakowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego „Prosper” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, Energo-Market ZET spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, Rutex spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie, Janusza Lizaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „Eliot” Janusz Lizak w Lipowej** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eltrans spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie oraz Unię Hurtowni Elektrycznych „El-Plus” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eltrans spółkę z

ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie oraz Unię Hurtowni Elektrycznych „EI-Plus” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie tytułem wpisu od odwołania.

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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Tauron Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest dostawa osprzętu do napowietrznych linii izolowanych dla potrzeb Tauron Dystrybucja S.A. oddziały 06-10.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE w dniu 17 grudnia 2011 r. nr 2011/S 243-394506.

W dniu 2 marca 2012 r. zamawiający przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Eltrans spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie oraz Unii Hurtowni Elektrycznych „El-Plus” spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie zwanym dalej „odwołującym” zawiadomienie o wyborze, w zadaniu 1 (osprzęt do napowietrznych linii izolowanych nn) oraz w zadaniu 2 (osprzęt do napowietrznych linii izolowanych sn) jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Prosper” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, Energo-Market ZET spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, Rutex spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie oraz Janusza Lizaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „Eliot” Janusz Lizak w Lipowej, zwanych dalej „przystępującym”. Zamawiający zawiadomił jednocześnie odwołującego, że w zadaniu 1 jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zaś w zadaniu 2 – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie zadania nr 1,
- 2) zaniechania zamawiającego polegającym na braku wezwania odwołującego do złożenia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w zakresie zadania nr 1,

- 3) zaniechania zamawiającego polegającego na braku wezwania odwołującego do złożenia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 1,
- 4) zaniechania zamawiającego w zakresie zadania nr 1, polegającego na braku zażądania od odwołującego złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań oraz treści złożonej oferty,
- 5) zaniechaniu zamawiającego polegającego na niepoprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w zakresie zadania nr 1,
- 6) czynności zamawiającego polegającej na wyborze, w zakresie zadania nr 1, oferty złożonej przez przystępującego i uznania jej jako najkorzystniejszej,
- 7) zaniechania unieważnienia postępowania przez zamawiającego w zakresie zadania nr 2 pomimo obarczenia postępowania w tej części niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego ewentualnie z powodu nie złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu i w tym kontekście zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego

odwołujący wniósł w dniu 12 marca 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym czynnościom i zaniechaniem zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego wskutek przyjęcia, że oferta w zakresie zadania nr 1 nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp poprzez brak zażądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w SIWZ oraz treści oferty w zakresie zadania nr 1, co do wytrzymałości mechanicznej taśmy nierdzewnej TELENKO TS 10/0,7 oraz taśmy nierdzewnej TELENKO TS 20/0,7;
- 3) przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego wskutek uznania, że w zakresie zadania nr 1 zawiera ona błędy w obliczeniu ceny, które nie stanowią oczywistej omyłki rachunkowej i nie podlegają poprawie w trybie opisanym postanowieniami ustawy Pzp,
- 4) przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w zakresie zadania nr 1,

- 5) przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 1,
- 6) przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 2 pomimo obarczenia postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, ewentualnie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 2 z powodu niezłożenia w toku postępowania żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu nie dokonując wcześniej odrzucenia oferty przystępującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił sześć zarzutów.

I. Zarzut naruszenia 7 ust. 1 i 3 w zw. z 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego wskutek przyjęcia, że oferowane w ramach zadania nr 1 taśma stalowa nierdzewna 10x0,7 mm TELENKO TS 10/0,7 oraz taśma stalowa nierdzewna 20x0,7 mm TELENKO TS 20/0,7 nie odpowiadają treści SIWZ

Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty z powodu zaoferowania taśm TELENKO TS 10/0,7 oraz TELENKO TS 20/0,7, których wytrzymałość na zrywanie według deklaracji zgodności załączonych do oferty wynosiła 600 N/mm², podczas gdy wytrzymałość na zrywanie produktów referencyjnych SICAME IF 107-50 oraz ENSTO COT 37 wynosiła 700 N/mm².

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie określił według jakich parametrów oceniania ma być „równoważność” wyrobów, wskazując jedynie przykładowo, że wymagania takie spełniają wyroby SICAME IF 107-50 oraz ENSTO COT 37. W związku z tym, odwołujący zaoferował wyroby TELENKO TS 10/0,7 oraz TELENKO TS 20/0,7. Zdaniem odwołującego zamawiający nie wskazał w żadnym miejscu, że odpowiednie parametry w zakresie wytrzymałości mechanicznej będą miały dla niego rozstrzygające znaczenie. Wywodził, iż produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry. Odwołujący wywodził, że zaoferował wyroby posiadające cechę „równoważności”, co wynika ze zgodności wyrobów z przywołaną w specyfikacji normą PN-EN 61284, nie wprowadzającą wytrzymałości minimalnej na poziomie 700 N/mm². Ponadto w ocenie odwołującego z załączonego do odwołania pisma firmy L& wynika, że w rzeczywistości oferowane taśmy TELENKO posiadają wytrzymałość na zrywanie w przedziale 700 N/mm² do 900 N/mm².

II. Zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak zażądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie zadania nr 1 co do wytrzymałości mechanicznej taśmy nierdzewnej TELENKO TS 10/0,7 oraz taśmy nierdzewnej TELENKO TS 20/0,7

W następstwie okoliczności wymienionych wyżej, w ocenie odwołującego zamawiający zobowiązany był także zwrócić się do niego o wyjaśnienie treści oferty w zakresie parametru wytrzymałości mechanicznej oferowanych taśm nierdzewnych, ponieważ odpowiedź odwołującego nie skutkowałaby wprowadzaniem do oferty jakichkolwiek zmian, skoro w dalszym ciągu oferowane byłyby te same taśmy.

III. Zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego w zakresie zadania nr 1 wskutek uznania, że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny, które nie stanowią oczywistej omyłki rachunkowej

Odwołujący podniósł, że dla zadania nr 1 podał w ofercie kwotę 3.773.591,53 zł, co stanowiło efekt błędnego zsumowania pozycji kosztorysowych dla zadania nr 1 znajdujących się na formularzu wyceny (załącznik nr 5 do SIWZ) załączonych do oferty. Prawidłowo zsumowane pozycje kosztorysowe powinny dać wynik 3.790.881,53 zł (a więc w dalszym ciągu cenę niższą niż podana w ofercie złożonej przez przystępującego). Stanowi to o oczywistej omyłce rachunkowej w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a nie błąd w obliczeniu ceny, skoro prawidłową kwotę dało się uzyskać dokonując prawidłowego dodawania kwot wskazanych w pozycjach kosztorysowych. Nie ma przy tym znaczenia, że błąd odwołującego nie był łatwy do spostrzeżenia. Podkreślił, iż zamawiający prowadząc inne postępowania z zakresu zamówień publicznych, w których ofertę składał odwołujący, prostował omyłki rachunkowe odwołującego polegające na błędnym zsumowaniu cen jednostkowych podawanych w specyfikacjach cenowych, w jednym przypadku uznając nawet za oczywistą omyłkę błąd co do kwoty aż 60.000,00 zł.

IV. Zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 1

Odwołujący nie zgodził się z dokonaną przez zamawiającego kwalifikacją niezłożenia przez odwołującego dokumentów wymaganych przez punkt 8.2. SIWZ (wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia) potwierdzających należyte wykonanie dostaw dotyczących osprzętu oferowanego przez odwołującego w ramach niniejszego postępowania (ALPAR, SICAME, SINEMA, PLAMEN, TELENKO).

W ocenie odwołującego zamawiający obowiązany był wezwać go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a więc dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw dotyczących oferowanego przez odwołującego osprzętu jeżeli uznał, że dokumenty takie nie zostały przedstawione.

Odwołujący podniósł także, że zamawiający jednoznacznie określił wymóg udziału w postępowaniu, opisując go w treści pkt 7 ppkt 7.1.2 SIWZ oraz tryb jego potwierdzenia (weryfikacji) - pkt 8 ppkt 8.2. SIWZ. Wykonawcy zobowiązani byli wykazać się faktem realizacji dostaw określonej wartości, obejmujących przedmiot postępowania, który zobrazować mieli w formie tabeli. Odwołujący złożył wskazany dokument i wykazał się wymaganym doświadczeniem. Bez znaczenia, z punktu widzenia opisanego wymogu, jest wskazanie producenta oferowanego produktu. Podstawę oceny stanowi sama okoliczność zrealizowania dostawy odpowiadającej przedmiotowi zamówienia oraz wskazanej wartości.

V. Zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 PZP polegający na zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających, że oferowane w ramach zadania nr 1 zaciski produkowane przez P.P.U.H. ALPAR numer katalogowy Z2082Z oraz Z208Z spełniają wymagania określone specyfikacją

Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego, który odrzucił jego ofertę twierdząc, że oferowane przez odwołującego zaciski produkowane przez P.P.U.H. ALPAR numer katalogowy Z2082Z oraz Z208Z nie spełniają wymagań określonych specyfikacją, ponieważ przedłożone przez odwołującego dokumenty (atest, certyfikat oraz deklaracje zgodności) nie potwierdzają spełnienia wymagań technicznych i jakościowych określonych w punkcie 6 SIWZ. W przypadku uznania przez zamawiającego, że złożone przez odwołującego dokumenty, wymienione w pkt 1 pisma z dnia 2 marca 2012 r., nie potwierdzają spełniania przez oferowane dostawy warunków technicznych określonych w specyfikacji, to zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany był wezwać odwołującego do złożenia niezbędnych dokumentów (potwierdzających spełnienie wymagań) w wyznaczonym terminie.

VI. Zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 2 pomimo obarczenia postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, ewentualnie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez

zaniechanie unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 2 z powodu niezłożenia w toku postępowania żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu

Odwołujący wywodził, że opisany przez zamawiającego jako referencyjny klips ochronny ENSTO ST 149 został wycofany ze sprzedaży w listopadzie 2011 roku, bowiem zastąpiony został przez osłony stosowane na uchwyty odciągowe i narożne. Wobec niemożności w tym zakresie zapewnienia dostawy materiałów fabrycznie nowych i nie starszych niż 12 miesięcy od daty produkcji odwołujący skierował do zamawiającego pytanie, czy ten rozważa możliwość wycofania tego wyrobu z przetargu. W odpowiedzi zamawiający podał, że nie przewiduje wycofania wskazanej pozycji.

Odwołujący zaoferował klips ochronny ENSTO ST 149. Jednocześnie zdaniem odwołującego na dzień składania oferty nie było wyrobu równoważnego spełniającego wymagania zamawiającego odnośnie parametrów technicznych. Wymogów tych nie spełnia wyrób SICAME symbolu AP zaoferowany przez przystępującego, który spełnia jedynie normy zakładowe, podczas gdy produkt ENSTO ST 149 spełniał również wymagania norm dotyczących osprzętu elektroenergetycznego.

Zdaniem odwołującego, postępowanie w zakresie zadania nr 2 powinno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego żądanie zaoferowania wyrobu wycofanego z produkcji, dla którego nie ma urządzenia równoważnego, stanowi naruszenie przepisów postępowania, które ma wpływ na wynik postępowania. W ocenie odwołującego istnieją również podstawy do unieważnienia w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Skoro żadna z ofert nie spełnia wymogów opisanych przez zamawiającego w SIWZ, to winny one zostać wszystkie odrzucone, w tym oferta przystępującego, a postępowanie unieważnione w tej części.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności dokonanych w toku postępowania w zakresie zadania nr 1 i 2 związanych z oceną złożonych ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej,
- 2) wezwania odwołującego do uzupełnienia przedłożonej w zakresie zadania nr 1 oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
- 3) wezwania odwołującego do uzupełnienia przedłożonej w zakresie zadania nr 1 oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
- 4) zażądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego oraz treści oferty w zakresie zadania nr 1, co do wytrzymałości mechanicznej taśmy

nierdzewnej TELENKO TS 10/0,7 oraz taśmy nierdzewnej TELENKO TS 20/0,7, zgodnie z art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp,

- 5) powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu w zakresie zadania nr 1, z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 6) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 na warunkach przewidzianych w ustawie Pzp oraz SIWZ;
- 7) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1;
- 8) powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu w zakresie zadania nr 2,
- 9) odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego w zakresie zadania nr 2,
- 10) unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 2 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ewentualnie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku nakazania odrzucenia oferty przystępującego w trybie art. 89 ust. pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu 21 marca 2012 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 21.03.2012 r., znak: O10/ZEZ/MZ/16873/2012), w której uwzględnił częściowo odwołanie. Wskazał, że zasadnym jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 i nr 2 i unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadania nr 1. Uznał jednocześnie, że w jego ocenie postępowanie w obydwu zadaniach powinno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z uwagi na obarczenie postępowania o udzielenie zamówienia niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a w odniesieniu do zadania nr 2 – także na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi nie niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. W efekcie, w ocenie zamawiającego brak było podstaw do uwzględnienia pozostałych żądań odwołującego.

W dniu 26 marca 2012 r., do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo z dnia 26 marca 2012 r., złożone w imieniu Eltrans sp. z o.o. w Chorzowie, w którym znalazło się oświadczenie, że stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie wyczerpuje żądania odwołującego.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę odwołującego, ofertę przystępującego, pismo zamawiającego z 2 marca 2012 r. skierowane do odwołującego o wynikach postępowania oraz odrzuceniu złożonej przez odwołującego oferty (znak: O10/ZEZ/MZ/13572/2012), odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie z 21 marca 2012 r., pismo Eltrans sp. z o.o. w Chorzowie z dnia 26 marca 2012 r., jak

również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zamawiającego i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W drugiej kolejności ustalono, że podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w zakresie zadania nr 2, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, które obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy jest zarzutem spóźnionym. Odwołujący upatrywał konieczności unieważnienia postępowania w zadaniu 2 w tym, że zamawiający żądał dostawy klipsa ochronnego instalowanego na przewodach PAS (załącznik nt 15b, pozycja 1), który równocześnie miał być nie starszy niż 12 miesięcy od daty produkcji (pkt V.1. opisu przedmiotu zamówienia). Odwołujący wskazał, że opisany przez zamawiającego jako referencyjny klips ochronny typu ENSTO ST 149 został wycofany ze sprzedaży w listopadzie 2011 r., ponadto brak jest jakiegokolwiek produktu równoważnego, który mógł zostać zaoferowany, co powoduje, że nie istnieje na rynku wyrób, który może być zamawiającemu dostarczony przy spełnieniu wymogów SIWZ. Tak sformułowany zarzut świadczył o tym, iż skierowany został przeciwko postanowieniom SIWZ, w których opisano wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia. Wobec postanowień SIWZ odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej zamawiającego. SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 19 grudnia 2011 r. Odwołanie wobec zaniechania zamawiającego zostało wniesione dopiero w dniu 12 marca 2012 r. Terminy określone w art. 182 ustawy Pzp są terminami zawitymi, których upływ powoduje wygaśnięcie prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Jednakże wobec braku możliwości wydania przez Izbę orzeczenia częściowego (w tym również postanowienia o odrzuceniu odwołania w części) w orzecznictwie Izby utrwał się pogląd, iż wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania możliwe jest wyłącznie w przypadku, gdy żaden z podnoszonych przez wykonawcę zarzutów nie może być przez Izbę rozpoznany z powodów określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W przeciwnym wypadku Izba rozpoznaje odwołanie, z tym że zarzuty co do których zachodzą okoliczności wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oddala się, bez merytorycznego ich rozpoznania.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że w przypadku pozostałych zarzutów nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba oddaliła wniosek przystępującego, zgłoszony w trakcie posiedzenia Izby, o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. Przystępujący ustnie w trakcie posiedzenia, jak również w złożonym piśmie procesowym z 27 marca 2012 r. wywodził, że odwołanie zostało złożone przez pełnomocnika działającego na podstawie dokumentu pełnomocnictwa, który jest dotknięty wadą co do treści. Wskazał, że pełnomocnictwo z dnia 27 stycznia 2012 r., załączone do odwołania nie obejmowało umocowania do wniesienia odwołania, gdyż koniecznym było załączenie pełnomocnictwa rodzajowego. Ponadto, zdaniem przystępującego, czynność wniesienia odwołania przekraczała umocowanie lidera konsorcjum wynikające z umowy konsorcjum.

W ocenie Izby przywołane przez przystępującego okoliczności faktyczne nie stanowiły przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, lecz przesłankę do zastosowania procedury wezwania do usunięcia braków formalnych zgodnie z art. 187 ust. 7 w zw. z art. 187 ust. 3 ustawy Pzp. Złożenie pełnomocnictwa wadliwego, które nie potwierdza umocowania do wniesienia odwołania, należy bowiem utożsamić w skutkach z brakiem pełnomocnictwa, co podlega procedurze przewidzianej art. 187 ust. 3 i 7 ustawy Pzp (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 stycznia 2012 r. wydany w sprawie o sygn. akt V Ca 2739/11). Brak było także podstaw do zwrotu odwołania bez wypełnienia procedury wezwania do uzupełnienia braków formalnych odwołania. Wezwanie w powyższym zakresie zostało dokonane postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2012 r., a w jego następstwie odwołujący złożył w wymaganym terminie pełnomocnictwo z 8 marca 2012 r. potwierdzające w prawidłowy sposób umocowanie do wniesienia odwołania. Dodatkowo pełnomocnictwo zostało podpisane przez obu członków konsorcjum, więc dokumentowi można było przypisać znamiona uchwały, o której mowa w umowie konsorcjum. Tym samym brak było podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec wniesienia przez zamawiającego odpowiedzi na odwołanie w której uznał niektóre zarzuty, Izba obowiązana była również przesądzić, czy oświadczenie zamawiającego nosi znamiona oświadczenia o „uwzględnieniu zarzutów podniesionych w odwołaniu w całości”, w rozumieniu przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Otwierałoby to drogę do ewentualnego umorzenia postępowania odwoławczego, w sytuacji gdyby przystępujący nie wniósł sprzeciwu (art. 186 ust. 3 ustawy Pzp). Po dokonaniu analizy odpowiedzi na odwołanie jak również treści odwołania Izba stwierdziła, że oświadczenie

zamawiającego, w okolicznościach faktycznych danej sprawy, nie nosiło znamion „uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości”.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie z 21 marca 2012 r. wskazał, że zasadnym jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 i nr 2 a także unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadania nr 1. Uznał jednocześnie, że w jego ocenie postępowanie w obydwu zadaniach powinno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z uwagi na obarczenie postępowania o udzielenie zamówienia niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a w odniesieniu do zadania nr 2 – także na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. W efekcie, w ocenie zamawiającego brak było podstaw do uwzględnienia pozostałych żądań odwołującego. W świetle art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w sytuacji uwzględnienia zarzutów odwołania w całości, zamawiający obowiązany jest wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynność w postępowaniu, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Skoro zamawiający uznał tylko niektóre zarzuty i nie zamierzał wykonać wszystkich żądań odwołania, to nie można było oświadczenia zamawiającego potraktować jako „uwzględnienie zarzutów odwołania w całości”.

Z kolei brak było podstaw do przyjęcia, że oświadczenie Eltrans spółki z o.o. w Chorzowie z 26 marca 2012 r., zgodnie z którym „stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie wyczerpuje żądania odwołującego” nosi znamiona częściowego ograniczenia zarzutów podniesionych w odwołaniu. Oświadczenie to zostało w sposób wyraźny złożone „w imieniu Eltrans sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie”, a nie w imieniu odwołującego, nie można było więc jego skutków przypisać odwołującemu. Wprawdzie Eltrans sp. z o.o. w Chorzowie legitymowała się umocowaniem do składania oświadczeń w imieniu drugiego członka konsorcjum odwołującego, a więc mogła składać skuteczne oświadczenia ze skutkiem dla odwołującego jednakże z prawa takiego nie skorzystała, albowiem złożyła oświadczenie wyłącznie w imieniu własnym. Jednakże nawet gdyby przyjąć stanowisko odmienne, to i tak oświadczenie nie obejmowało wyraźnego cofnięcia niektórych zarzutów podniesionych w odwołaniu. Cofnięcie odwołania, w tym również częściowe, jako niewątpliwie doniosła czynność procesowa nie powinno być dorozumiane. W tej sytuacji, wobec braku podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego na zasadzie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, Izba obowiązana była wyznaczyć rozprawę i rozpoznać odwołanie merytorycznie. Ponieważ odwołujący został prawidłowy zawiadomiony o terminie posiedzenia i rozprawy, jego niestawiennictwo nie mogło wstrzymać rozpoznania odwołania (§ 21 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań Dz.U. Nr 48, poz. 280).

Izba, rozpoznając odwołanie, uznała je za niezasadne.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, prawo do wniesienia środka ochrony prawnej którym jest odwołanie przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymaga, iż w świetle przywoływanego przepisu Izba z urzędu w każdej sprawie zobowiązana jest do badania interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia (legitymacja do wniesienia odwołania) jest przesłanką materialnoprawną, której brak skutkuje koniecznością oddalenia odwołania. Środki ochrony prawnej przysługują bowiem wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania z drogi odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu. Interes ten zaś musi być nakierowany na uzyskanie danego zamówienia. Badanie legitymacji do wniesienia odwołania ze swej istoty dotyczy momentu wniesienia odwołania. W tym momencie bowiem wykonawca podejmuje decyzję co do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

W ocenie Izby, odwołujący na moment wniesienia odwołania nie wykazał przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp zarówno w zakresie zadania 1 jak i zadania 2. Jak wynika z zawiadomienia zamawiającego o wynikach postępowania skierowanego do odwołującego (pismo z 2 marca 2012 r. znak: O10/ZEZ/MZ/13572/2012), oferta odwołującego została odrzucona w zadaniu 2. Podjęta przez zamawiającego czynność odrzucenia oferty pozbawiła go możliwości uzyskania danego zamówienia, wszak nie może uzyskać zamówienia wykonawca, którego oferta została odrzucona. Odwołujący nie podjął jednak żadnych działań w obronie swojej oferty. W treści odwołania nie kwestionował zasadności odrzucenia jego oferty w tej części, jak również nie domagał się unieważnienia takiej czynności zamawiającego. Zatem czynność ta nadal pozostawałaby w mocy, uniemożliwiając wybranie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w danym postępowaniu. Brak możliwości uzyskania zamówienia w zadaniu 2 postępowania przesądza zaś o braku po stronie odwołującego interesu nakierowanego na uzyskanie danego zamówienia. Zarzuty i żądania odwołującego podniesione przez odwołującego w zakresie zadania nr 2 skierowane były na unieważnienie postępowania w tej części. Dostrzeżenia wymaga, że skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest generalnie 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 w którym składane jest odwołanie, a nie jakiegoś potencjalnego, które hipotetycznie może toczyć się w przyszłości jako rezultat unieważnienia obecnego postępowania. Tymczasem zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i

domaganie się unieważnienia postępowania w zadaniu 2 oznaczało, że odwołujący wykazał się mógł co najwyżej możliwością uzyskania hipotetycznego przyszłego zamówienia, które zostanie udzielone ewentualnie po unieważnieniu przez zamawiającego obecnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem z utrwalonego orzecznictwa wynika, że interes ten winien dotyczyć tego konkretnego postępowania w którym składane jest odwołanie, a nie podlegać realizacji np. poprzez hipotetyczny udział w kolejnym postępowaniu ogłoszonym przez zamawiającego. Nawet jeżeli doszłoby do ogłoszenia nowego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia, nie byłoby to „dane zamówienie” (por. wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2011 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1304/11). Interes w uzyskaniu danego zamówienia, o którym mowa w tym przepisie, nie obejmuje też czuwania nad prawidłowością przebiegu postępowania, jeżeli pozostaje to bez wpływu na status odwołującego w postępowaniu i możliwość uzyskania przez niego danego, konkretnego zamówienia. Odwołujący zobowiązany jest bowiem do wykazania, że obiektywnie w konkretnym postępowaniu posiada potrzebę skorzystania ze środka ochrony prawnej z uwagi na możliwość uzyskania danego zamówienia (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2010 r., wydany w sprawie o sygn. akt KIO 2015/10, KIO 2025/10 i 2033/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2010 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1719/10). Co do braku interesu w uzyskaniu zamówienia wykonawcy, którego oferta została skutecznie odrzucona i który żąda unieważnienia postępowania podzielono również stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z 17.02.2011 r., wydanym w sprawie o sygn. akt II Ca 9/11.

Zdaniem Izby odwołujący nie wykazał również interesu w uzyskaniu danego zamówienia w zakresie zadania nr 1. W trakcie badania istnienia interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej istotną rolę odgrywają sformułowane przez podmiot wnoszący odwołanie zarzuty. Jak wynika z zawiadomienia zamawiającego z 2 marca 2012 r. o wynikach postępowania (znak: O10/ZEZ/MZ/13572/2012) skierowanego do odwołującego, oferta odwołującego została odrzucona w zadaniu 1 z następujących powodów:

- a) niezłożenia dokumentów wymaganych zgodnie z pkt 8.8.a SIWZ (deklaracji zgodności lub certyfikatów) dla pozycji wyszczególnionych w załączniku nr 15.a do oferty, pozycja nr 10, 23, 24, 25, 26,
- b) zaoferowania taśmy stalowej nierdzewnej 10x0,7 mm TELENKO TS 10/0,7 oraz taśmy stalowej nierdzewnej 20x0,7 mm TELENKO TS 20/0,7 które nie odpowiadały treści SIWZ,
- c) niezłożenia dokumentów wymaganych przez punkt 8.2. SIWZ potwierdzających należyte wykonanie dostaw dotyczących osprzętu oferowanego przez odwołującego w ramach

niniejszego postępowania, tj. materiałów pochodzących od producentów ALPAR, SICAME, SINEMA, PLAMEN, TELENKO,

- d) niezłożenia dokumentów potwierdzających, że oferowane zaciski produkcji ALPAR numer katalogowy Z2082Z oraz Z208Z spełniają wymagania określone specyfikacją,
- e) błędu w obliczeniu ceny dla sumy wartości netto, wartości VAT oraz wartości brutto zadania nr 1.

Odwołujący zakwestionował jedynie czynność odrzucenia złożonej przez niego oferty w powodów wymienionych w pkt b-e powyżej. Przyczyny odrzucenia wymienionej w pkt b dotyczył zarzut 1 i 2 uzasadnienia odwołania, przyczyny wymienionej w pkt c - zarzut 4 uzasadnienia odwołania, przyczyny określonej w pkt d – zarzut 5 uzasadnienia odwołania, zaś okoliczności wymienionej w pkt e – zarzut 3 uzasadnienia odwołania. Jak wynika z powyższego zestawienia odwołujący nie zakwestionował w ogóle odrzucenia złożonej przez niego oferty z powodu niedołączenia do oferty dokumentów wymaganych zgodnie z pkt 8.8.a SIWZ (deklaracji zgodności lub certyfikatów) dla pozycji wyszczególnionych w załączniku nr 15.a do oferty, pozycja nr 10, 23, 24, 25, 26. Powyższe w ocenie Izby oznacza, że odwołujący nie zaskarżając w pełnym zakresie okoliczności z powodu których zamawiający uznał jego ofertę za sprzeczną z treścią SIWZ przyznał rację zamawiającemu co do odrzucenia jego oferty z omawianej przyczyny.

Izba, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołujący wprowadził zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jednakże z zupełnie innych, wyraźnie wyartykułowanych w uzasadnieniu odwołania powodów. Jednakże należało zwrócić uwagę, że w orzecznictwie Izby akcentuje się, iż za zarzut należy uznać nie tylko wskazanie naruszeń w zakresie ustawy Pzp. Za zarzuty należy uznać także oświadczenia wykonawcy, w których wykazuje on istnienie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Z tego względu wskazanie innych okoliczności faktycznych jako podstawy stwierdzenia naruszenia tego samego przepisu ustawy Pzp stanowi nowy zarzut (por. postanowienie KIO z dnia 30 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 935/09, wyrok KIO z dnia 5 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 636/10, wyrok KIO z dnia 28 października 2011 r. sygn. akt: KIO 2222/11, KIO 2223/11). Z tego powodu Izba nie mogła odnieść się do zarzutów, które nie zostały podniesione przez odwołującego w odwołaniu. W konsekwencji nie mogła badać zgodności z prawem czynności odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezłożenia dokumentów wymaganych zgodnie z pkt 8.8.a SIWZ odnoszących się do pozycji 10, 23, 24, 25, 26 załącznika nr 15 a oferty odwołującego, w zakresie czy ten brak przesądza o sprzeczności treści oferty z treścią

siwz, czyli czy wyczerpuje przesłankę z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy, skoro tej przyczyny odrzucenia oferty nie kwestionował odwołujący. Powyższe oznaczało, że nawet uznanie przez Izbę za zasadne wszystkich zarzutów podniesionych przez odwołującego w zakresie zadania 1 nie mogło prowadzić do unieważnienia czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty w tym zadaniu, a w konsekwencji – do możliwości uzyskania przez niego zamówienia. W dalszej zaś kolejności, w myśl art. 192 ust. 2 ustawy Pzp nawet stwierdzenie naruszenia wskazanych przez odwołującego w przedmiotowym odwołaniu przepisów nie miałyby wpływu na wynik postępowania, co jednocześnie stałoby na przeszkodzie uwzględnieniu niniejszego odwołania.

Co do braku interesu w uzyskaniu danego zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca zaskarża jedynie niektóre z przyczyn odrzucenia jego oferty podzielono stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2011 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 847/11, jak również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lipca 2011 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1529/11.

Reasumując, w przedmiotowym postępowaniu, niezależnie od zasadności lub niezasadności zarzutów wskazanych w odwołaniu, odwołujący nie wykazał posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Zatem Izba uznała, iż przedmiotowe odwołanie podlega oddaleniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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: