

Sygn. akt: KIO 665/12

Sygn. akt: KIO 666/12

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 5 kwietnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Consortia Sp. z o.o., Akxel Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74,**
- B. w dniu 5 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 Sp. z o. o., 41-914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 207,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji, 02-624 Warszawa, ul. Puławska 148/150,**

przy udziale wykonawcy **Nexrad Telecom Sp. z o.o., 02-844 Warszawa, ul. Puławska 469** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 665/12 i KIO 666/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Consortia Sp. z o.o., Akxel Sp. z o.o., 03-301 Warszawa,**

ul. Jagiellońska 74 i wykonawcę Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 Sp. z o. o., 41-914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 207 i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Consortia Sp. z o.o., Akxel Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74 i wykonawcę Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 Sp. z o. o., 41-914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 207** tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Consortia Sp. z o.o., Akxel Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74 i wykonawcy Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 Sp. z o. o., 41-914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 207** na rzecz **Komendy Głównej Policji, 02-624 Warszawa, ul. Puławska 148/150** kwotę 7 200 zł 00gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego przed Krajową izbą Odwoławczą, w tym kwotę 3 600 zł 00gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Consortia Sp. z o.o., Akxel Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74** oraz kwotę 3 600 zł 00gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy **Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 Sp. z o. o., 41-914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 207**.

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:

Sygn. akt: KIO 665/12

Sygn. akt: KIO 666/12

UZASADNIENIE

Zamawiający, Skarb Państwa - Komenda Główna Policji w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego 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" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę systemu łączności podklasowej dla oddziałów prewencji Policji.

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 19.01.2012 r. w Dz. U. UE pod nr 2012/S 12-019019.

W dniu 26.03.2012 r. zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty Nexrad Telecom Sp. z o.o. w Warszawie (zwanej dalej „Nexrad”) jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Consortia Sp. z o.o. w Warszawie i Aksel Sp. z o.o. w Rybniku (zwanych dalej „Consortia”) oraz oferty Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 Sp. z o. o. w Bytomiu (zwanej dalej „COIG”). Obie ww. oferty odrzucono na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z nieprzedstawieniem przez składających je wykonawców wraz z ofertami dla przedmiotu zamówienia opisanego w pkt 6 dla typu 1, certyfikatu instytucji niezależnej w zakresie spełniania normy IP 65, a także nieuzupełnieniem ww. certyfikatu na wezwanie zamawiającego.

W dniu 5 kwietnia 2012 r. zarówno wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Consortia Sp. z o.o. w Warszawie i Aksel Sp. z o.o. w Rybniku, jak i

Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 Sp. z o. o. w Bytomiu, wnieśli odwołania względem powyższych czynności zamawiającego.

Sygn. akt: KIO 665/12

W odwołaniu Consortia (oznaczonym sygnaturą akt Izby – KIO 665/12) zarzucono zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 9 ust. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Nexrad, pomimo, że oferta wskazanego wyżej podmiotu jest niezgodna z ustawą,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Nexrad, pomimo, że treść oferty wskazanego wyżej podmiotu nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, że treść oferty odwołującego odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
3. przeprowadzenie powtórnej oceny złożonych ofert.

Ponadto w odwołaniu wniesiono o:

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego,
- w razie kwestionowania przez zamawiającego ustaleń odwołującego, dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu radiotechniki na okoliczność zgodności próbki załączonej do oferty Nexrad Telecom sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z treścią SIWZ w zakresie przewodu pośredniego ze złączem do radiotelefonu DP 3601 lub GP 360 w urządzeniu wskazanym w załączniku nr 1 do załącznika nr 1 do SIWZ, typ 1 poz. 1 pkt 10 oraz typ 2 poz. 5 z postanowieniami wskazanymi w tej części SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania, odnośnie posiadania interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, odwołujący wskazał, iż efektem niezgodnych z ustawą czynności zamawiającego, w zakresie opisanym w niniejszym odwołaniu, było odrzucenie oferty odwołującego, a co za tym idzie, odwołujący został pozbawiony, spodziewanego z realizacji przedmiotowego zamówienia, zysku (*lucrum cessans*). Co według odwołującego, stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez niego z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Jak wynika z uzasadnienia odwołania, jego poszczególne zarzuty polegały na wskazaniu:

Ad 1 – braku tłumaczenia na język polski, zawartego w załączonej do oferty Nexrad dokumentacji próbek zestawu typ 1, schematu w języku angielskim. Fakt sporządzenia oferty w języku innym niż polski miał powodować niezgodność oferty z ustawą.

Ad 2 – braku wypełnienia w ofercie Nexrad wymagań SIWZ – zgodnie z SIWZ w brzmieniu po zmianach wprowadzonych pismem zamawiającego z dnia 20.02.2012 r. w urządzeniu typ 1 poz. 1 pkt 10 należało dostarczyć złącza do radiotelefonu DP 3601 lub GP 360. Tymczasem Nexrad zaoferowała jedynie złącza do radiotelefonu DP 3601 – co według odwołującego było niezgodne z wymaganiami SIWZ.

Ad 3 – dołączonego do oferty odwołującego raportu z badań sporządzonego przez SGS Fimko Ltd., jako dokumentu odpowiadającemu postanowieniom SIWZ (w brzmieniu po zmianach z dnia 20.02.2012 r.) odnośnie sposobu potwierdzenia spełniania przez zestaw mikrofono-słuchawkowym do użycia z kaskiem, typ 1 pozycja 1 w punkcie 6, następującego wymogu: „stopień ochrony: minimum IP65 (odporny na zapylenie i wodę) potwierdzony załączonym do oferty certyfikatem instytucji niezależnej”. Według odwołującego raport taki czynił zadość wymaganiom SIWZ w tym zakresie – pochodził od instytucji niezależnej oraz w swojej treści potwierdzał, że urządzenie spełnia wymagania normy EN 60529 w zakresie parametru IP.

Sygn. akt: KIO 666/12

W odwołaniu COIG (oznaczonym sygnaturą akt Izby – KIO 666/12) zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, że treść oferty odwołującego odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
3. przeprowadzenie powtórnej oceny złożonych ofert.

Ponadto w odwołaniu wniesiono o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania, odnośnie posiadania interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, odwołujący wskazał, iż efektem niezgodnych z ustawą czynności zamawiającego, w zakresie opisanym w niniejszym odwołaniu, było odrzucenie oferty odwołującego, a co za tym idzie, odwołujący został pozbawiony, spodziewanego z realizacji przedmiotowego zamówienia, zysku (*lucrum cessans*). Co według odwołującego, stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez niego z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Jak wynika z uzasadnienia odwołania, odrzucenie swojej oferty odwołujący zakwestionował ze względu na dołączenie do oferty raportu z badań sporządzonego przez SGS Fimko Ltd., jako dokumentu odpowiadającemu postanowieniom SIWZ (w brzmieniu po zmianach z dnia 20.02.2012 r.) odnośnie sposobu potwierdzenia spełniania przez zestaw mikrofono-słuchawkowym do użycia z kaskiem, typ 1 pozycja 1 w punkcie 6, następującego wymogu: „stopień ochrony: minimum IP65 (odporny na zapylenie i wodę) potwierdzony załączonym do oferty certyfikatem instytucji niezależnej”. Według odwołującego raport taki czynił zadość wymaganiom SIWZ w tym zakresie – pochodził od instytucji niezależnej oraz w swojej treści potwierdzał, że urządzenie spełnia wymagania normy EN 60529 w zakresie parametru IP.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przedłożonej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron i

przystępujących złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia złożono trzy oferty (kolejno od najtańszej): Nexrad, Consortia, COIG.

Zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej.

Jak opisano już powyżej, zamawiający wybrał ofertę Nexrad oraz odrzucił oferty Consortia i COIG ze względu na ich niezgodność z treścią SIWZ, co stało się przedmiotem ww. odwołań.

Ponadto w dniu 5 kwietnia 2012 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie Nexrad (oznaczone sygnaturą akt Izby – KIO 669/12), również dotyczące rozstrzygnięcia postępowania, konkretnie odwołanie względem zaniechania odrzucenia oferty Consortia oraz oferty COIG w oparciu o pełną podstawę faktyczną i prawną do ofert się odnoszącą, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w związku z faktem nieprzedłożenia wraz z ofertami stosowanych certyfikatów oraz popełnieniem przez ww. wykonawców czynu nieuczciwej konkurencji.

COIG do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 669/12 nie przystąpiła, natomiast Consortia przystąpili po stronie zamawiającego.

W dniu 18 kwietnia 2012 r. na posiedzeniu Izby z udziałem stron i uczestników postępowania, tj. przed otwarciem rozprawy, zamawiający uwzględnił odwołanie Nexrad w całości. Sprzeciwu względem ww. uwzględnienia odwołania nie wniesiono.

W związku z powyższym postanowieniem z dnia 18 kwietnia 2012 r (sygn. akt. KIO 669/12) Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że obaj odwołujący nie legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp przepisem środki ochrony prawnej określone w dziale VI ustawy 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.

Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 22 kwietnia 2009 r. (Sygn. akt XII Ga 133/09), „wskazane w art. 179 ust. 1 i 2 Pzp okoliczności uzasadniające poszukiwanie ochrony prawnej w drodze środków odwoławczych mają charakter przesłanek materialnoprawnych, czyli przesłanek zasadności wnoszonego środka. Ich zaistnienie nie wpływa na możliwość wszczęcia procedur odwoławczych, lecz warunkuje uwzględnienie wniesionego środka. Brak uszczerbku w interesie prawnym [w aktualnym brzmieniu przepisu usunięto przydawkę „prawny” – przypis Izby] wykonawcy w uzyskaniu zamówienia albo nienaruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy nie oznacza bowiem, że postępowanie odwoławcze nie może się rozpocząć, lecz jedynie, że odwołanie wniesione w takich warunkach zostanie oddalone”.

Przy rekonstrukcji normy prawnej wynikającej z powoływanego wyżej przepisu należy podkreślić znaczenie pojęcia interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz związaną z tym możliwość poniesienia szkody wynikającą z naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego. Interes w uzyskaniu zamówienia w świetle brzmienia ww. przepisu, w ślad za ustalonym orzecznictwem, sprowadzić można do zainteresowania uzyskaniem zamówienia przez wykonawcę oraz do możliwości jego uzyskania. Natomiast wskazana szkoda ma nie tylko pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z popełnionym przez zamawiającego naruszeniem przepisów (być jego skutkiem), ale winna być również realna i możliwa do zdefiniowania i określenia względem danego zamówienia. Należy przy tym podkreślić okoliczność, iż pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia (a tym samym i możliwą szkodę związaną z jego nieuzyskaniem) przepis odnosi do „danego” zamówienia, co należy utożsamić z zamówieniem objętym postępowaniem o jego udzielenie, którego dane środki ochrony prawnej dotyczą. Tym samym interes w uzyskaniu zamówienia, ani szkoda związana z brakiem lub niemożliwością jego uzyskania, nie dotyczą hipotetycznych, przyszłych zamówień, ale winny być rozpatrywane względem możliwości udzielenia bądź nieudzielenia danego zamówienia dokonywanego w ramach konkretnego postępowania przetargowego (lub prowadzonego w innym trybie). Przy czym zaznaczyć należy, iż obaj odwołujący nie wskazywali ani nie wykazywali jakiegokolwiek innej szkody, którą mieliby ponieść w związku z naruszeniem przepisów przez zamawiającego, ale tylko szkodę związaną z

pozbawieniem ich możliwości uzyskania danego zamówienia, a polegającą na utracie, spodziewanego z realizacji zamówienia, zysku (*lucrum cessans*).

Następnie należy przywołać okoliczności faktyczne i prawne, które zaważyły na ocenie powyższego. Mianowicie odnośnie udziału ofert obu odwołujących w postępowaniu, a tym samym wobec możliwości uzyskania przez nich zamówienia, wniesione zostało odwołanie Nexrad, w którym zarzucono Consortia i COIG wspólne działania noszące znamiona zmowy przetargowej, zmierzającej do wypłynięcia na wynik przedmiotowego postępowania. Zamawiający ww. odwołanie uwzględnił, a wykonawcy, których ofert odwołanie dotyczyło nie podjęli żadnych działań, w ramach środków ochrony prawnej im przysługujących, które pozwoliłyby zakwestionować zasadność i skuteczność ww. uwzględnienia oraz zapobiec powstaniu negatywnym skutków względem udziału ich ofert w postępowaniu przetargowym.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 Pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Ponadto zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W świetle powyższego stwierdzić można, iż zamawiający uwzględniając odwołanie Nexrad przystał na obowiązek nakładany nań przez przepis art. 186 ust. 3 Pzp *in fine*, a Consortia i COIG nie wnosząc sprzeciwu z powyższym się godzą, tzn. wykonawcy *de facto*, chociażby pośrednio, przyznali, iż dopuścili się zmowy cenowej w niniejszym postępowaniu, a swojego odrzucenia w związku z taką podstawą faktyczną nie będą już mogli zakwestionować w drodze środków ochrony prawnej. Fakt braku zakwestionowania zasadności i dopuszczalności uwzględnienia odwołania o sygn. akt KIO 669/12 przez odwołujących, prowadzi do przyjęcia, iż przedmiotowego zamówienia uzyskać nie mogą, a tym samym w związku ze wskazywanymi przez nich naruszeniami przepisów nie powstała, ani nie może powstać dla nich żadna szkoda. W świetle powyższego niezasadne byłoby przyznanie ochrony prawnej, realizowanej

na drodze środków ochrony prawnej przewidzianym w ustawie, wykonawcom, którzy uzyskaniem danego zamówienia nie są już zainteresowani.

Przy czym zaznaczyć należy, iż opisana wyżej sytuacja jest zasadniczo odmienna od przypadku, w którym dochodzi do rozstrzygnięcia wyrokiem różnych odwołań, skoncentrowanych do wspólnego rozpoznania, a które dotyczą zarówno ofert odwołujących, jak i ofert innych uczestników postępowania. W takim wypadku zarzuty względem ofert odwołujących są cały czas popierane i rozstrzygane dopiero wyrokiem Izby, a sposób ich rozstrzygnięcia i przesądzenie o udziale danej oferty czy danego wykonawcy w postępowaniu, nie wpływa na ocenę innych odwołań wniesionych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia przez tego wykonawcę. Natomiast w przypadku uwzględnienia odwołania do rozstrzygnięcia w przedmiocie zarzutów nie dochodzi, a postępowanie odwoławcze jest umarzone – wszystkie konsekwencje procesowe i materialne z powyższym związane wywoływane są na zasadzie swobodnego uznania stron i uczestników postępowania, którzy przesądzają o wyniku postępowania składając stosowne oświadczenia woli wywołujące wskazane w ustawie skutki. To właśnie ocena woli stron i uczestników postępowania, demonstrującej się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, przesądza w tym przypadku o ocenie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody z tym związanej.

W związku z opisanym brakiem materialnoprawnego uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej, zarzuty odwołań nie zostały rozpoznane, a odwołania oddalono.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 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).

.....