

Sygn. akt KIO 71/14

WYROK
z dnia 30 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2013 r. przez Electronic Control Systems Sp. z o.o. w Balicach w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Specjalistyczny im. Świętej Rodziny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Electronic Control Systems Sp. z o.o. w Balicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Control Systems Sp. z o.o. w Balicach 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Specjalistyczny im. Świętej Rodziny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa inteligentnego systemu zarządzania budynkiem i zintegrowanego systemu informatycznego w Szpitalu Specjalistycznym im. Świętej Rodziny w Warszawie - Część 2-budowa inteligentnego systemu zarządzania budynkiem.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 października 2013 r., pod numerem 2013/S 209-209-361447.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

8 stycznia 2014 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania o udzielanie zamówienia publicznego – informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez EnergoSter Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: EnergoSter) i odrzuceniu oferty Electronic Control Systems Sp. z o.o. w Balicach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

17 stycznia Electronic Control Systems Sp. z o.o. wniósł odwołanie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący wskazał, że odwołanie wnosi wobec:

1. czynności wyboru oferty złożonej przez EnergoSter, jako najkorzystniejszej;
2. zaniechania czynności wykluczenia EnergoSter z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp;
3. ewentualnie zaniechania czynności wezwania EnergoSter na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie czynności wezwania wykonawcy EnergoSter na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnienia dokumentacji potwierdzającej spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
4. zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej EnergoSter, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 91 ust. 1 Pzp;
5. zaniechanie czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako najkorzystniejszej z ofert.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt. 4 oraz w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 przez ich niezastosowanie i zaniechanie czynności wykluczenia EnergoSter z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, mimo że ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 29 ust. 2 i ust. 3 przez ich niezastosowanie i sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji co stało się podstawą do odrzucenia ofert odwołującego;
3. art. 26 ust. 3 przez jego niezastosowanie i zaniechanie czynności wezwania EnergoSter do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz art. 26 ust. 4 przez jego niezastosowanie i zaniechanie czynności wezwania EnergoSter do wyjaśnienia dokumentacji potwierdzającej spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania;
4. art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 91 ust. 1 przez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty EnergoStar, pomimo iż oferta nie odpowiada kryteriom oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości przez nakazanie zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp:

1. unieważnienia czynność wyboru oferty złożonej przez EnergoSter jako najkorzystniejszej oferty;
2. dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert;
3. dokonania czynności wykluczenia wykonawcy EnergoSter z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
4. ewentualnie wezwania wykonawcy EnergoSter do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, szczegółowo wykazanych w uzasadnieniu odwołania, a w razie nieuzupełnienia ww. dokumentów lub oświadczeń - dokonania czynności wykluczenia z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
5. dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy EnergoSter jako nie spełniającej warunków udziału w postępowaniu.
6. dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i spełniającej warunki udziału w postępowaniu.

Wniósł również o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przewidzianych przepisami prawa.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów tej ustawy. Interes odwołującego polega na tym, że oferuje on wykonanie zamówienia w tym postępowaniu, a w przypadku uwzględnienia odwołania uzyska je, gdyż oferta odwołującego zawierała najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podniósł, że naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy może wyrządzić odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści - przychodów z uzyskanego zamówienia.

Energoster przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zachowując obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. I

Izba uznała zgłoszenie przystąpienia przez Energoster za bezskuteczne.

Art. 185 ust. 2 Pzp ustala termin na zgłoszenie przystąpienia oraz wskazuje wymaganą formę, w jakiej przystąpienie winno być doręczone Prezesowi Izby. Wymagania formalne wynikające z przywołanego przepisu zostaną spełnione wtedy, gdy zgłoszenie przystąpienia w formie pisemnej lub elektronicznej weryfikowanej za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu zostanie doręczone Prezesowi Izby w terminie 3 dni od dnia otrzymania informacji o wniesieniu odwołania.

Informację o wniesieniu odwołania i wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym zamawiający przesłał 17 stycznia 2014 r. Zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Prezesa Izby faksem 20 stycznia 2014 r. i w formie pisemnej 21 stycznia 2014 r. Przystąpienie w wymaganej formie pisemnej wpłynęło zatem po upływie terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp.

Terminy w postępowaniu odwoławczym mają charakter prekluzyjny i nie mogą być przywracane. Uchybienie terminowi na zgłoszenie przystąpienia skutkuje utratą możliwości wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Po skierowaniu odwołania na rozprawę Izba jest zobowiązana zważyć w pierwszym rzędzie, czy odwołujący spełnia przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp umożliwiające rozpoznanie odwołania co do istoty. Przywołany przepis stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub

może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Ocena ta dokonywana jest nie *in abstracto*, ale następuje w granicach określonych zarzutami odwołania. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były podniesione w odwołaniu.

Zarzut to zespół okoliczności faktycznych i prawnych – w postępowaniu o udzielenie zamówienia – czynność lub zaniechanie zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne. Odwołujący jako kwestionowane czynności zamawiającego wskazał: wybór oferty złożonej przez EnergoSter jako najkorzystniejszej oraz zaniechania wykluczenia EnergoSter z postępowania i odrzucenia oferty złożonej EnergoSter. Zarzucił też zaniechanie czynności dokonania wyboru własnej oferty, jako najkorzystniejszej.

Na podstawie informacji o wynikach postępowania, ofert odwołującego i EnergoSter oraz protokołu postępowania o udzielenie zamówienia (kopie w aktach sprawy) Izba ustaliła, że zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a oferta odwołującego zawierała niższą cenę niż oferta EnergoSter. Zgodnie z pkt XV specyfikacji istotnych warunków zamówienia (kopia w aktach sprawy) cena była jedynym kryterium oceny ofert.

W tym stanie rzeczy odwołujący, w celu uzyskania zamówienia, powinien przede wszystkim dążyć do unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem to przywrócenie oferty odwołującego dawałoby mu możliwość uzyskania zamówienia, niezależnie od potwierdzenia zarzutów wobec EnergoSter, który złożył ofertę mniej korzystną. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego jest warunkiem niezbędnym wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Tymczasem odwołujący w katalogu czynności i zarzucanych zamawiającemu naruszeń przepisów ustawy nie wskazał czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Formułowanie zarzutów odwołania leży wyłącznie w sferze uprawnień podmiotowych wykonawcy, który sam decyduje, jakie czynności lub zaniechania zamawiającego oraz z jakich przyczyn faktycznych i prawnych kwestionuje. Kwestionowane przez odwołującego czynności zamawiającego powinny być wskazane wyraźnie w odwołaniu zgodnie z wymaganiem wyrażonym w art. 180 ust. 3 Pzp i nie mogą być domniemywane przez Izbę z innych czynności wskazanych w odwołaniu.

Odwołujący uzasadniając na rozprawie ziszczenie przesłanek zawartych w art. 179 ust. 1 Pzp wskazał, że żądał dokonania czynności wyboru swojej oferty jako oferty najkorzystniejszej i spełniającej warunki udziału w postępowaniu.

Stosownie do z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie winno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Należy zatem wskazać, że czynność lub zaniechanie zamawiającego oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania stanowią oddzielne, niezależne elementy niezbędne odwołania. Ponadto, same żądanie odwołania nie stanowi o podniesieniu zarzutu.

Izba zważyła również, że ustawa odróżnia czynność badania i oceny ofert od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w (*arg.* z art. 20 ust. 1 i art. 91 Pzp), zatem z samego żądania wyboru oferty jako najkorzystniejszej nie można wyprowadzać wniosku o wadliwość czynności odrzucenia oferty.

Podniesienie przez odwołującego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 29 ust. 2 i ust. 3 Pzp również nie może być poczytane jako równoznaczne z zarzutem wadliwego odrzucenia oferty odwołującego. Etap wyboru najkorzystniejszej oferty nie jest czasem, w którym dopuszczalne jest podnoszenie zarzutów wobec opisu przedmiotu zamówienia.

Zaniechanie wskazania przez odwołującego czynności odrzucenia jego oferty w danych okolicznościach sporu powoduje, iż Izba stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp nie może się odnieść do tej podstawy eliminacji odwołującego z postępowania. Z uwagi na upływ zawitego terminu wskazanego w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, odrzucenie oferty odwołującego pozostaje prawnie skuteczne i odwołujący nie może uzyskać zamówienia Tym samym odwołujący nie spełnia przesłanek zawartych w art. 179 ust. 1 Pzp.

Art. 179 ust. 1 Pzp statuuje materialnoprawne przesłanki rozpoznania odwołania. W sytuacji braku którejkolwiek z nich Izba oddała odwołanie bez konieczności merytorycznego rozpoznania zarzutów (wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 05.05.2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08).

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:

