

WYROK

z dnia 29 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 kwietnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **11 kwietnia 2014 r.** przez odwołującego wykonawcę **ThyssenKrupp GfT Polska sp. z o.o., al. Słowackiego 66, 30-004 Kraków**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa w 2014 r. nowych szyn ze stali R260 o profilu 60E1 i 49E1 w klasie tolerancji Z i klasie prostości A*

prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego tj. **ThyssenKrupp GfT Polska sp. z o.o.** z siedzibą w Krakowie, i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **ThyssenKrupp GfT Polska sp. z o.o.** siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2 zasądza od **ThyssenKrupp GfT Polska sp. z o.o.** na rzecz **Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.** kwotę **3 600 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero grosze), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosowanie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej „**Zamawiający**”) – prowadzi postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 134 ust. 5 pkt 1 w zw. z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) (dalej „**Pzp**” lub „**ustawa Pzp**”) na dostawę w 2014 r. nowych szyn ze stali R260 o profilu 60E1 i 49E1 w klasie tolerancji Z i klasie prostości A. Zamówienie zostało podzielone na trzy zadania.

W dniu 11 kwietnia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ThyssenKrupp GfT Polska Sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący**”), w którym zarzucił on zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności, do których był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj.: (i) braku zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty na zadanie nr 3 w postępowaniu („**Oferta na zadanie nr 3**”) mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp; (ii) braku odrzucenia przez Zamawiającego Oferty na zadanie nr 3 pomimo, że podlegała ona odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o: (i) nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności odrzucenia Oferty na zadanie nr 3 złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp oraz unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr 3, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a w przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku, Odwołujący wniósł o: (ii) nakazanie Zamawiającemu zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów Oferty na zadanie nr 3 mających wpływ na wysokość ceny oraz powtórzenie czynności oceny Oferty na zadanie nr 3 Odwołującego; (iii) wyłączenie w całości jawności rozprawy w związku z możliwością ujawnienia przy rozpoznawaniu odwołania informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego; (iv) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia na okoliczność ich treści, a w szczególności wysokości ceny, po jakiej Odwołujący nabywa od producentów szyny oferowane w postępowaniu, relacji tej ceny do wysokości ceny zaoferowanej przez Odwołującego w zakresie zadania nr 3, zaoferowania przez Odwołującego na skutek omyłkowej kalkulacji (brak świadomego działania) rażąco niskiej ceny w zakresie zadania nr 3, przebiegu negocjacji pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym w dniu 19 marca 2014 r., świadomości Zamawiającego zaoferowania przez Odwołującego rażąco niskiej ceny w Ofercie na zadanie nr 3, wysokości cen oferowanych

przez Odwołującego w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego na zakup w latach 2014 i 2015 nowych szyn 60E1 i 49E1 ze stali R260 (ogłoszenie opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 stycznia 2014 r. pod nr: 2014/S 003-003195) oraz wysokości cen oferowanych przez Odwołującego w obecnym postępowaniu; (v) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy oraz § 34 ust. 1 pkt 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

W uzasadnieniu swoich zarzutów Odwołujący wskazał, że na skutek oczywistej pomyłki Odwołujący złożył Ofertę na zadanie nr 3, w ramach której zaoferowała w punkcie 1 lit. c) przedmiotowej oferty błędną cenę 146.50 zł netto za 1 mb szyny 60E1 o długości 120 mb odwalcowanej, podczas gdy prawidłowa cena za 1 mb ww. szyny, która miała zostać zaoferowana to 246.30 zł netto za 1 mb. W konsekwencji Odwołujący zaproponował rażąco niską cenę w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że przyczyną podania takiej ceny była omyłkowa kalkulacja, co w konsekwencji może prowadzić do nienależytego wykonania lub niewykonania zamówienia na zadanie nr 3. W ocenie Odwołującego, dążenie do zawarcia umowy na dostawę asortymentu za rażąco niską cenę z tego punktu widzenia byłoby także sprzeczne z celem należytego wykonania zamówienia w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, iż poinformował Zamawiającego o oczywistej omyłce w treści złożonej Oferty na zadanie nr 3 w piśmie z dnia 2 kwietnia 2014 r., jednakże tego samego dnia, niemniej już po otrzymaniu ww. pisma Odwołującego, Zamawiający zawiadomił wykonawców, w tym Odwołującego, o wyborze Oferty na zadanie nr 3. W kolejnym piśmie z dnia 2 kwietnia 2014 r. (otrzymanym przez Odwołującego po dacie doręczenia Zamawiającemu pisma Odwołującego z dnia 2 kwietnia 2014 r.) Zamawiający stwierdził, iż dokonał analizy i oceny złożonych ofert, a przeprowadzona analiza nie wykazała, aby złożona Oferta na zadanie nr 3 zawierała rażąco niską cenę.

W ocenie Odwołującego, instytucja wezwania do wyjaśnień przewidziana w art. 90 ustawy Pzp ma na celu eliminować sytuacje, w których oferty nawet najkorzystniejsze cenowo obarczone byłyby istotnym naruszeniem przepisów ustawy, mianowicie zawierałyby m.in. rażąco niską cenę. Z przepisu tego, w ocenie Odwołującego, wynika także ogólny zamiar ustawodawcy by złożona przez wykonawcę oferta w całości odpowiadała woli takiego wykonawcy co do wszystkich istotnych elementów jego oferty. Procedura wyjaśniania wątpliwości, także ta przewidziana w art. 90 ustawy Pzp, ma na celu uniknięcie

zniekształcenia woli wykonawcy co do złożonej oferty i zakresu realizacji zadania zgodnie ze złożoną ofertą. W ocenie Odwołującego procedura wyjaśniania ofert także w zakresie art. 90 ustawy Pzp, prowadzi do zapewnienia przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.

Odwołujący wskazał, że na skutek pisma Odwołującego z dnia 2.04.2014 r, w którym Odwołujący wskazywał na problem rażąco niskiej ceny, Zamawiający powinien być mieć świadomość tego problemu. Ponadto, Odwołujący wskazał, że Zamawiający przy ocenie Oferty na zadanie nr 3 musiał mieć już uprzednio świadomość rażąco nierynkowej ceny na asortyment wskazany pod pozycją c) w zadaniu nr 3, gdyż Zamawiający prowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zakup w latach 2014 i 2015 nowych szyn 60E1 i 49E1 ze stali R260 (ogłoszenie opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 stycznia 2014 r. pod nr: 2014/S 003-003195; dalej: „**Pierwsze Postępowanie**”), jednakże Pierwsze Postępowanie zostało unieważnione w dniu 25 lutego 2014 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy (cena zaproponowana w ofercie z najniższą ceną przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia). Zamawiający miał zatem świadomość wysokości cen oferowanych przez Odwołującego w Pierwszym Postępowaniu oraz ich relacji do wysokości cen oferowanych przez Odwołującego w Ofercie na zadanie nr 3. W ocenie Odwołującego, już samo zestawienie tych dwóch wartości powinno wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości co do cen wymienionych w treści Oferty na zadanie nr 3, co obliguje do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, nie sposób jest przyjąć, że Zamawiający nie powziął wątpliwości co do realności ceny zaoferowanej przez Odwołującego w Ofercie na zadanie nr 3, skoro w trakcie negocjacji w dniu 19 marca 2014 r. Odwołujący wyraźnie podnosił, iż cena oferowana w Pierwszym Postępowaniu, którą Zamawiający uznawał za wyższą o 20% od dotychczasowych cen, jest rynkowa, a także uzasadniała szczegółowo takie stanowisko.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający co najmniej powinien być powziąć wątpliwość co do prawidłowości ceny w wysokości 146,30 zł netto za 1 mb szyny 60E1 o długości 120 mb odwalcowanej (choć w ocenie Odwołującego musiał mieć taką świadomość). Zamawiający, zdając sobie sprawę z sytuacji na rynku oraz realnego poziomu cen przedmiotowych szyn, wykorzystał omyłkę Odwołującego przy podawaniu ceny w Ofercie na zadanie nr 3 i dokonał wyboru tej Oferty jako najkorzystniejszej, wiedząc jednak, że zawiera ona rażąco niską cenę.

Odwołujący wskazał, że cena 146,30 zł za 1 mb szyny 60E1, zaoferowana przez Odwołującego w zakresie zadania nr 3 nie występuje na rynku, w szczególności zaś przy uwzględnieniu faktu transportu takich szyn staraniem i na koszt wykonawcy. Zamawiający pozostał całkowicie obojętny na fakt, iż cena podana w Ofercie na zadanie nr 3 Odwołującego pozostaje o około 20% niższa od cen oferowanych na rynku, z czego Zamawiający - jako podmiot, na rzecz którego dostawy szyn były już wielokrotnie realizowane - powinien zdawać sobie sprawę.

Odwołujący wskazał, że zaoferowana cena na asortyment Oferty na zadanie nr 3 wskazany pod lit c) jest rażąco niska, gdyż w Pierwszym Postępowaniu, w którym Odwołujący złożył oferty na zadanie nr 1 oraz nr 2, Zamawiający przeznaczył na realizację zadania nr 1 kwotę 28.953.533,50 zł netto, zaś na realizację zadania nr 2 - kwotę 27.035.897,48 zł netto. Odwołujący natomiast zaoferowała w zakresie zadania nr 1 cenę w wysokości 34.891.767.0 zł netto, zaś w zakresie zadania nr 2 - cenę w wysokości 30.934.469,16 zł. Z powyższego wynika, że cena zaoferowana przez Odwołującego przekraczała cenę, jaką gotów był przeznaczyć Zamawiający na realizację zamówienia odpowiednio o blisko 6.000.000,00 zł (zadanie nr 1) oraz 4.000.000,00 zł (zadanie nr 2).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zadania nr 3 kwotę 14.773.900.0 zł netto. Odwołujący zamierzał złożyć ofertę opiewającą na 18.888.153,06 zł netto, a więc o podobnej relacji cenowej do wyznaczonego przez Zamawiającego limitu, jak oferta w zakresie zadania nr 2 w Pierwszym Postępowaniu w stosunku do ówczesnego limitu Zamawiającego.

Tymczasem, wskutek niezamierzonej omyłki Odwołujący zaoferował w Ofercie na zadanie nr 3 cenę 12.184.953,06 zł netto, a więc znacznie poniżej ceny, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia w tym zakresie. Taka zmiana relacji oferowanych cen do limitów Zamawiającego w porównaniu z Pierwszym Postępowaniem wynika z omyłki Odwołującego i w konsekwencji zaoferowania rażąco niskiej ceny, ponieważ sytuacja rynkowa nie uległa w międzyczasie żadnej zmianie, która mogłaby tłumaczyć tak znaczącą różnicę (co więcej, ceny rynkowe przedmiotowych szyn wzrosły od czasu Pierwszego Postępowania).

Omyłka Odwołującego przy formułowaniu treści Oferty na zadanie nr 3 dotyczyła jednego parametru, tj. ceny za 1 mb szyny 60E1 o długości 120 mb odwalcowanej, jednakże Odwołujący podkreślił, że stosunek ceny za dostawę ww. szyny do ceny za realizację całego zadania nr 3 jest na tyle istotny, że przy zastosowaniu omyłkowo podanej ceny Odwołujący

nie ma możliwości realizacji całego zadania. Udział ceny za dostawę pozostałych szyn w ramach zadania nr 3 ma w tym zakresie nieistotne wartościowo znaczenie. Omyłka we wskazaniu ceny za 1 mb szyny 60E1 o długości 120 mb odwalcowanej przyczynia się zatem do rażąco niskiej ceny za wykonanie zadania nr 3 w całości i prowadziłoby w rezultacie do poniesienia przez Odwołującego znacznej straty (udział wartościowy ceny za dostawę szyny 60E1 o długości 120 mb odwalcowanej w ramach całego zadania nr 3 wynosi 87,41% w przypadku liczenia go od wartości oferty, która miała być złożona przez Odwołującego lub 80,48% w przypadku liczenia go od wartości oferty faktycznie złożonej, z omyłkowo podaną ceną ww. szyny).

Odwołujący wskazał, że zaoferowana przez niego - w zakresie zadania nr 3 - kwota 146,30 zł netto za 1 mb szyny 60E1 o długości 120 mb odwalcowanej, stanowi 53.40% ceny, która miała zostać zaoferowana (tj, 246,30 zł za 1 mb). W konsekwencji łączna cena zaoferowana przez Odwołującego za realizację zadania nr 3 wyniosła 12.184.953.06 zł netto zamiast 18.888.153,06 zł netto.

Odwołujący wskazał, że w tym samym postępowaniu - w ramach zadania nr 1 - zaoferował on za 1 mb identycznej szyny odwalcowanej 60E1 o długości 120 mb, kwotę 207,89 zł netto (różnica pomiędzy zaoferowaną szyną w zadaniu nr 3 a w zadaniu nr 1 jest na poziomie 30 %). Cena, która miała zostać zaoferowana w Ofercie na zadanie nr 3, wynosi - jak zostało już wyżej wskazane - 246,30 zł za 1 mb, a zatem miała być ona wyższa niż cena zaoferowana w ofercie na zadanie nr 1. Powyższa różnica wynika ze znacznie wyższych kosztów transportu przedmiotowej szyny w przypadku realizacji zadania nr 3 w porównaniu z kosztami transportu przy realizacji zadania nr 1 oraz specyfiki produktu.

Odwołujący wskazał również, że o rynkowych cenach przedmiotowego asortymentu może świadczyć porównanie treści oferty na zadanie nr 3 złożonej przez Odwołującego w postępowaniu z treścią oferty złożonej przez Odwołującego w Pierwszym Postępowaniu. Wprawdzie w Pierwszym Postępowaniu przedmiotem oferty nie były szyny 60E1 o długości 120 mb odwalcowane lecz szyny o długości 210 mb zgrzewane, porównanie ceny za 1 mb jest jednak w ocenie Odwołującego możliwe, a to ze względu na możliwość: (i) odliczenia od ceny szyn zgrzewanych kosztów transportu z huty do zgrzewalni oraz kosztów zgrzewu; (ii) porównania tak obliczonej ceny szyn zgrzewanych z ceną szyn odwalcowanych.

W ocenie Odwołującego, realizacja zamówienia w zakresie zadania nr 3 za kwotę wskazaną przez Odwołującego byłaby nierealna z punktu widzenia racjonalności ekonomicznej podmiotu profesjonalnie prowadzącego działalność gospodarczą, a to ponieważ

zaoferowana cena pozostawałaby niższa od ceny, po jakiej Odwołujący nabywa przedmiotowe szyny od ich producentów.

W zakresie zadania nr 3 Odwołujący oferował szyny pochodzące od dwóch producentów - Voestalpine Schienen GmbH oraz ArcelorMittal Poland S.A. W ramach współpracy gospodarczej łączącej Odwołujący z powyższymi podmiotami, nabywa on od nich regularnie przedmiotowe szyny, sprzedawane przez Odwołującego swoim kontrahentom. W celu wykazania cen nabycia szyn oraz ich relacji do ceny zaoferowanej w zakresie zadania nr 3, Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów:

- a) oferty Voestalpine Schienen GmbH na sprzedaż Odwołującemu szyn w celu realizacji przez Odwołującego zadania nr 3 w postępowaniu - z powyższej oferty wynika, że cena za 1mb szyny 60E1 o długości 120 mb odwalcowanej, po jakiej Odwołujący miałaby nabyć przedmiotową szynę celem realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego w zakresie zadania nr 3 wynosi od 46,36 euro do 65,80 euro, a zatem od 194.25 zł za 1 mb do 275.74 zł za mb (przy przyjęciu kursu 1 euro - 4,19 zł);
- b) oferty Voestalpine Schienen GmbH z dnia 6 marca 2014 r. na sprzedaż Odwołującemu szyn - z powyższych dokumentów wynika, że cena za 1mb szyny 60E1 o długości 120 mb odwalcowanej, po jakiej Odwołujący dokonała zamówienia, wynosi 200.50 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 134 ust. 5 pkt 1 w zw. z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) (dalej „Pzp” lub „ustawa Pzp”) na dostawę w 2014 r. nowych szyn ze stali R260 o profilu 60E1 i 49E1 w klasie tolerancji Z i klasie prostości A. Zamówienie zostało podzielone na trzy zadania.

Zadanie nr 3 obejmowało dostawę w zakresie dostaw podstawowych (minimalnych): (i) 5 000 mb szyn o profilu 60E1 ze stali R260 w odcinkach 25mb; (ii) 4 970 mb szyn o profilu 60E1 ze stali R260 w odcinkach mb 30 mb; (iii) 63 840 mb szyn o profilu 60E1 ze stali R260

odwalcowanych w odcinki 120 mb lub w odcinkach 210 mb zgrzanych z odcinków 30 mb lub 70 mb.

Jak wynika z akt sprawy, pismem z dnia 24 marca 2014 r. Zamawiający przesłał zaproszenie do składania ofert, w tym między innymi do Odwołującego. Zaproszeniu tym zostało wskazane, iż oferty należy składać do dnia 1 kwietnia 2014 r. do godziny 10:00.

Oferta Odwołującego została złożona w dniu 1 kwietnia 2014 r. o godzinie 10:30. Potwierdzenie przyjęcia oferty Odwołującego znajduje się w aktach postępowania przetargowego.

Zgodnie z informacją znajdującą się w aktach sprawy, w dniu 1 kwietnia 2014 r. o godzinie 11:10 nastąpiło otwarcie złożonych ofert. Zgodnie z listą obecności załączoną do protokołu przedstawiciel Odwołującego był obecny podczas dokonywania tych czynności.

W dniu 2 kwietnia 2014 r. Zamawiający przesyłał do wykonawców uczestniczących w negocjacjach zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z jego treścią, w zakresie Zadania nr 3 została wybrana oferta Odwołującego. Informacja została wysłana faksem o godzinie 14:33 oraz drogą mailową o godzinie 15:07.

W dniu 2 kwietnia 2014 r. Odwołujący przesłał do Zamawiającego (faksem wysłanym o godzinie 13:16) pismo, w którym wskazał, iż na wskutek jego oczywistej omyłki zaoferował błędną cenę 146,30 złotych netto w punkcie 1 lit c) swojej oferty, podczas gdy prawidłowa cena powinna być 246,30 złotych netto. Wskazał również, że na skutek błędnego określenia ceny zaproponował rażąco nisko cenę w rozumieniu art. 90 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W ocenie Izby odwołanie podlega oddaleniu z powodu braku interesu prawnego po stronie Odwołującego we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Art. 179 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy jeśli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie sposób w niniejszym postępowaniu uznać, że Odwołujący legitymuje się wymaganym interesem we wniesieniu odwołania. Działania Odwołującego podważające prawidłowość złożenia własnej oferty i zmierzające do nałożenia na Zamawiającego obowiązku wezwania go do złożenia wyjaśnień co do wystąpienia rażąco niskiej ceny w swojej ofercie mają na celu, w ocenie Izby, wyłączenie umożliwienie Odwołującemu wycofanie się ze złożonej oferty, bez ponoszenia jakichkolwiek konsekwencji. Sam Odwołujący potwierdził na rozprawie, że wniósł odwołanie w celu wycofania się z przedmiotowego postępowania bez utraty wadium.

Izba nie widzi podstaw do przyjęcia, że interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp może również stanowić możliwość wystąpienia przeciwko własnej ofercie w celu wycofania się w postępowaniu. Objęcie dyspozycją powyższego przepisu takiej okoliczności stanowiłoby aprobatę dla takich działań wykonawców bez ponoszenia żadnych konsekwencji, w szczególności bez utraty wadium. Nie taki jest jednak cel przywołanego przepisu. Ustawodawca jasno określił, że środki ochrony prawnej są przewidziane dla wykonawców, którzy wskutek czynności zamawiającego (bądź zaniechania podjęcia czynności) podjętych niezgodnie z przepisami ustawy Pzp zostali pozbawieni możliwości uzyskania zamówienia. Środki ochrony prawnej przysługują więc wykonawcom zainteresowanym uzyskaniem danego zamówienia. Umożliwienie wykonawcy wnoszenia środków ochrony prawnej w celu wycofania się ze złożonej oferty z powodu popełnionych zaniedbań czy niedokładności w treści oferty stałoby w oczywistej sprzeczności z dyspozycją art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż wykonawca taki nie zamierza uzyskać zamówienia (o czym stanowi przywołany przepis), ale z niego się wycofać, bez utraty wniesionego wadium. W takiej sytuacji, to Zamawiający byłby obarczony ryzykiem i niepewnością, iż po przeprowadzeniu postępowania, poniesieniu określonych kosztów takiego procesu i wyborze oferty najkorzystniejszej, wybrany wykonawca mógłby bezkarnie wycofać się ze złożonej oferty powołując się na wszelkie okoliczności. Takie działanie, w ocenie Izby, jest zakazane.

Izba podkreśla również, iż otwarcie drogi Odwołującemu do złożenia odwołania w celu wycofania się ze złożonej oferty bez utraty wadium należy ocenić negatywnie szczególnie w sytuacji, gdy wykonawca zna już kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu). Powoływanie się przez wykonawcę na rzekomo popełnione błędy w treści oferty w celu uniknięcia utraty wadium stałoby się przyczyną niestabilności całego procesu wyboru wykonawcy w trybie ustawy Pzp i otwierałoby wykonawcę drogę do manipulacji zaproponowaną ceną w ofercie po uzyskaniu informacji o kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia. Nie trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której wykonawca po uzyskaniu informacji o kwocie

przeznaczonej na realizację zamówienia podejmuje próby wycofania się ze złożonej oferty. Ma on bowiem świadomość, że zamawiający przeznacza większą kwotę na realizację zamówienia niż cena przez niego zaoferowana i w związku z tym hipotetycznie mógłby osiągnąć większy zysk z realizacji zamówienia. Takie działanie w ocenie Izby jest niedopuszczalne.

W konsekwencji, Izba stanęła na stanowisku, że odwołanie podlega oddaleniu z powodu braku po stronie Odwołującego interesu we wniesieniu odwołaniu wymaganego zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z tym, że nie została spełniona materialnoprawna przesłanka korzystania ze środków ochrony prawnej, odwołanie podlegało oddaleniu bez względu na merytoryczną zasadność podniesionych zarzutów. Ponieważ interes we wniesieniu odwołania i możliwość poniesienia szkody jest warunkiem merytorycznego rozpoznania odwołania, przy braku tych przesłanek niezasadne było dokonanie oceny podniesionych przez Odwołującego zarzutów (co potwierdza m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08). Z tego względu Izba odstąpiła od tej oceny i oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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:

.....