

Sygn. akt: KIO 1245/14

WYROK

z dnia 10 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2014 r. przez **COMECO S.A, 09 - 400 Płock, Pl. Narutowicza 1** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Rudy Raciborskie, 47 - 430 Rudy, ul. Rogera 1**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża COMECO S.A, 09 - 400 Płock, Pl. Narutowicza 1 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez COMECO S.A, 09 - 400 Płock, Pl. Narutowicza 1 tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od COMECO S.A, 09 - 400 Płock, Pl. Narutowicza 1 na rzecz Skarbu Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Rudy Raciborskie, 47 - 430 Rudy, ul. Rogera 1 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Nadleśnictwo Rudy Raciborskie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa surowego torfu sfagnowego do Gospodarstwa Szkółkarskiego w Nędzy.

W dniu 17 czerwca 2014 roku Comeco S.A. (dalej odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie w końcowym procesie wyboru oferty,
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty nie spełniającej kryteriów oceny ofert określonych w siwz i sprzecznej w pkt 3.4 siwz wskazującego, iż torf dla którego suma kwadratów odchyień od wzorca przekraczać będzie 350, uznany zostanie za niespełniający warunki siwz,
3. art. 87 ust.1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie drugiego pomiaru wydajności torfu dostarczonego przez firmę Hollas z naruszeniem pkt 17.3.3 wskazującego, iż w pomiarze mogą brać udział przedstawiciele wszystkich wykonawców i 17.3.4. SIWZ, wskazującego, iż pomiar może być dokonany bezpośrednio po otwarciu ofert, a jego zakończenie nastąpi najpóźniej w dniu następnym,
4. art. 82 ust. 3 ustawy Pzp przez wybór oferty, która nie spełnia specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nie zapewnienie podczas postępowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
6. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
7. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie drugiego pomiaru torfu dostarczonego przez firmę HOLLAS bez powiadomienia o tym fakcie innych oferentów biorących udział w przetargu

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty firmy Hollas oraz poprzedzającego ją przeprowadzenia drugiego pomiaru wydajności torfu,
2. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych na rozprawie.

Odwołujący zakwestionował czynność zamawiającego polegającą na przeprowadzeniu ponownego pomiaru wydajności torfu dostarczonego przez firmę Hollas w dniu 4 czerwca 2014 roku bez udziału innych oferentów i wyboru oferty tej firmy jako najkorzystniejszej mimo wskazania w pierwszym komisyjnym protokole z dnia 2 czerwca 2014 roku z pomiaru wydajności torfu, iż zgodnie z pkt 3.4 siwz oferta Hollas nie spełnia warunków zamówienia i zostaje odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego czynności zamawiającego w tym zakresie były niezgodne z przepisami ustawy Pzp i winny zostać unieważnione.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy, przekazanej przez zamawiającego oraz biorąc po uwagę stanowiska stron postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że warunkiem skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej jest wykazanie posiadania przez wykonawcę, uczestnika konkursu, a także inny podmiot, interesu w uzyskaniu danego zamówienia a także wskazanie na poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Pomiędzy poniesieniem szkody (możliwością poniesienia szkody) a naruszeniem przez zamawiającego przepisów prawa zamówień publicznych musi istnieć adekwatny związek przyczynowy. O ile w przypadku interesu w uzyskaniu zamówienia przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie szerokie rozumienie tego pojęcia, obejmujące także sytuacje, w których wykonawca domaga się jedynie zgodnego z prawem działania zamawiającego, o tyle w przypadku elementu szkody obowiązkiem odwołującego jest wykazanie, że na skutek niezgodnych z prawem działań zamawiającego zachodzi choćby potencjalna możliwość poniesienia przez niego szkody rozumianej zarówno jako strata, jak i jako utracone korzyści. Zatem szeroko rozumiany interes nie jest

wystarczającą przesłanką legitymacji czynnej, bowiem w koniunkcji z interesem wykonawca musi wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Istnienie przesłanek materialnoprawnych skuteczności wniesionego odwołania, określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ocenia się na dzień wniesienia odwołania i w odniesieniu do danego odwołującego korzystającego z tego środka ochrony prawnej, zatem bez znaczenia jest fakt, że wykonawca popierający zarzuty odwołania, jako przystępujący po stronie zamawiającego, posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę na skutek niezgodnych z prawem działań zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że w rozpatrywanym stanie faktycznym oferta odwołującego z punktacją 97,09 została sklasyfikowana na trzeciej pozycji w jedynym kryterium oceny ofert jakim była cena, ofertę odwołującego bezpośrednio poprzedzają oferta J. S., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Las Complex (98,89 pkt) oraz oferta Hollas (100 pkt). W treści złożonego odwołania odwołujący kwestionuje niezgodny z przepisami ustawy wybór oferty najkorzystniejszej i przeprowadzenie ponownie w dniu 4 czerwca 2014 roku badania rozkładu frakcji torfu dostarczonego przez Hollas, domagając się unieważnienia czynności wyboru oferty Hollas oraz poprzedzającego ten wybór drugiego pomiaru wydajności torfu. Odwołujący nie podnosi żadnych zarzutów odnośnie oferty bezpośrednio go poprzedzającej tj. oferty J. S. prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Las Complex, która zajęła drugą pozycję w rankingu oceny ofert. Okoliczność ta powoduje, że odwołujący nie legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia, a przede wszystkim na skutek niezgodnych w jego ocenie działań zamawiającego, nie może on nawet potencjalnie ponieść szkody w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. W toku rozprawy odwołujący nie wykazał, że na skutek błędnych, w jego ocenie, działań zamawiającego, dozna on uszczerbku w postaci utraty korzyści, co powoduje, że niespełnione zostały przesłanki materialnoprawne skuteczności wniesionego odwołania. Brak spełnienia okoliczności, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi samodzielną przesłankę do oddalenia odwołania.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Izby, potwierdziły się zarzuty odwołującego co do niezgodnego z prawem działania zamawiającego polegającego na przeprowadzenia po raz drugi pomiaru wydajności torfu wykonawcy Hollas w dniu 4 czerwca 2014 roku. Niespornym między stronami jest, że przeprowadzony w dniu 2 czerwca 2014 roku pomiar wydajności zaoferowanego torfu, wykazał, że w odniesieniu do próbki zaoferowanej przez Hollas torf nie spełnia wymagania dotyczącego rozkładu frakcji, bowiem po przeprowadzonym badaniu dnia uzyskano wynik sumy kwadratów odchyień od wzorca równy 787,53, co przekracza określoną w pkt 3,4 siwz normę wynosząc 350. Okoliczność ta została dodatkowo

potwierdzona protokołem z przeprowadzonych badań. Nie ulega także wątpliwości, że w dniu 4 czerwca 2014 roku zamawiający dokonał ponownego badania właściwości torfu w zakresie rozkładu frakcji, a uzyskany wynik sumy kwadratów odchyłeń mieścił się w granicach normy wskazanej w siwz przez zamawiającego.

Zdaniem Izby, zamawiający nie był jednak uprawniony do przeprowadzenia ponownego badania właściwości torfu. Torf poddany badaniu w dniu 4 czerwca 2014 roku został uprzednio suszony, co przyznał sam zamawiający w toku rozprawy, a zatem jego właściwości uległy zmianie, co mogło mieć istotny wpływ na uzyskany wynik badania. Ponadto torf poddany badaniu w dniu 4 czerwca nie był już z całą pewnością torfem, dostarczonym jako próbka przez zamawiającego a tylko ta mogła być przedmiotem przeprowadzonych badań. Nie można w tych okolicznościach uznać także, iż przyczyną braku miarodajności pomiarów w dniu 2 czerwca była wada tkwiąca w samym urządzeniu tj. sicie, za pomocą którego dokonywano badania. Jak wynika z przebiegu okoliczności faktycznych sprawy powodem braku osiągnięcia wymaganego parametru sumy kwadratów odchyłeń od wzorca w przypadku torfu zaoferowanego przez Hollas była zbyt duża wilgotność dostarczonego torfu a nie sama wada sita. Urządzenie było sprawne, o czym świadczy choćby fakt, że przy jego pomocy dokonywano dalszych badań próbek innych wykonawców.

Zdaniem Izby, działanie zamawiającego, który samodzielnie dokonuje zabiegów suszenia na dostarczonych próbkach torfu w celu ponownego przeprowadzenia badania i uzyskania oczekiwanych wyników, stanowi naruszenie zasady przejrzystości i jawności postępowania o zamówienie publiczne. Niedopuszczalnym jest dokonywanie jakichkolwiek zabiegów na dostarczonych przez wykonawców próbkach, które zmieniłyby ich pierwotne właściwości.

Uwzględnienie tego zarzutu odwołania nie mogło mieć jednak wpływu na wynik postępowania odwoławczego z uwagi na brak wykazania materialnoprawnych przesłanek skuteczności wniesionego odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust.3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: