

Sygn. akt: KIO 1594/12

WYROK
z dnia 8 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2012 r. przez wykonawcę **Gildia Sp. z o.o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12-14, 50-411 Wrocław,**

przy udziale wykonawcy **Innovation Technology Group S.A., ul. Wołowska 6, 51-116 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Gildia Sp. z o.o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Gildia Sp. z o.o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę - Gildia Sp. z o.o. z Lublina w postępowaniu w sprawie udzielania zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego - Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.] [dalej ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Modernizacja Centrów Kształcenia Zawodowego na Dolnym Śląsku. Wnoszący odwołanie wykonawca w pierwszej kolejności stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności, do której jest on zobowiązany na mocy ustawy. W tym przypadku podniósł, że wykonawca ITG, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza uchyla się od zawarcia umowy, a zatem zaniechanie odrzucenia jego oferty oraz brak wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W związku z powyższym wykonawca stwierdził, że jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy.

Wykonawca ponadto zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy: (1) art. 94 ust. 3 ustawy Pzp - zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert w związku z uchylaniem się wykonawcy ITG, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, od zawarcia umowy; (2) art. 89 ust. 1 pkt 2 - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ITG, której treść nie odpowiada treści SIWZ ze względu na brak potwierdzenia, jaki sprzęt będzie oferowany i dostarczany; oraz (3) art. 89 ust. 1 pkt 3 - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ITG, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ze względu na nieuczciwe zaoferowanie niewłaściwego sprzętu. Wskazując na powyższe wniósł o: odrzucenie oferty wykonawcy ITG, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jako sprzecznej z treścią SIWZ oraz której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz nakazanie dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, jako jedynej spośród pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Podał także, że informację o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania uzyskał w dniu 26 lipca 2012 r., w związku, z czym termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy należy uznać za zachowany. W uzasadnieniu odwołania podał, że w Roz. XII ust. 3 SIWZ, Zamawiający przewidział, że *„wezwie Wykonawcę, którego Oferta uznana zostanie za najkorzystniejszą do przedłożenia w terminie nie dłuższym niż 3 dni od wezwania oraz nie później niż na 5 dni od planowanego terminu zawarcia umowy do przedłożenia Zamawiającemu zestawienia sprzętu, który w ramach*

umowy będzie dostarczany przez Wykonawcę". Jego zdaniem z treści pisma z dnia 13 lipca 2012 r. wykonawcy ITG - w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wykazu - wynika, że wykonawca ten odmówił złożenia wykazu, albowiem wykaz ten jego zdaniem nie stanowi warunku zawarcia umowy. Zatem niespełnienie wymogów formalnych koniecznych do podpisania umowy, skutkuje uchylaniem się od jej zawarcia. W związku z powyższym, po stronie Zamawiającego pojawia się obowiązek wyboru najkorzystniejszej oferty z pozostałych ofert złożonych w postępowaniu na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp bez ponownego ich badania i oceny. Stwierdził również, że oferta wykonawcy ITG powinna zostać uznana za niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, albowiem wykonawca odmówił wykazania, złożenia wykazu, że oferowany przez niego sprzęt spełnia wymagania Zamawiającego. Prowadzi to do tym samym do wniosku, że zaoferowany sprzęt wymogów tych nie spełnia. Wobec zatem niezgodności sprzętu oferowanego przez ITG z wymogami zawartymi w OPZ, które ujawniły się już po wyborze oferty najkorzystniejszej, oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jako niezgodna z treścią siwz. Zdaniem wykonawcy także złożenie oferty przez wykonawcę ITG stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albowiem wykonawca ITG wykorzystał okoliczność, iż weryfikacja oferowanego sprzętu nastąpi dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, aby móc zaoferować sprzęt niespełniający wymagań Zamawiającego, ale po cenach niższych niż pozostali uczestnicy postępowania. Wpłynęło to w sposób istotny i negatywny, na możliwość konkurencji na rynku przez wykonawców, którzy byli w stanie zrealizować zamówienie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W związku z powyższym, oferta wykonawcy ITG powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, skoro jej złożenie w powyższych okolicznościach przez wykonawcę ITG stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca ITG. Zarówno Zamawiający jak i przystępujący wykonawca przede wszystkim wnieśli o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp, podnosząc, że w okolicznościach niniejszej sprawy odwołanie dotyczy czynności na którą nie przysługuje odwołanie tzn. czynności, która nie została podjęta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślono także, że czynność Zamawiającego jest wynikiem wyłącznie postanowień specyfikacji, która nie wynika z przepisów ustawy Pzp i tym samym zarzuty podnoszone z uchybieniem terminów wyznaczonych ustawą Pzp podlegają odrzuceniu na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający podniósł ponadto, że odwołanie podlega odrzuceniu także na podstawie art. 189 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na to, że Odwołujący nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu, co uchybia dyspozycji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącej, iż środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy w

postępowaniu. Odwołujący nie posiada również statusu „*innego podmiotu*”, o którym mowa w przywołanym przepisie i tym samym odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Wskazał także, że kwestia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia – w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp - oraz do wnoszenia środka odwoławczego na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty była podnoszona w sprawie zakończonej wyrokiem KIO z dnia 12 czerwca 2012 r., [sygn. akt: KIO 1104/12]. Po

Rozpatrując niniejszą sprawę Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Mając na uwadze okoliczności faktyczne niniejszej sprawy Izba nie uwzględniła – jak wskazano w toku posiedzenia - wniosków w przedmiocie odrzucenia odwołania. W zakresie wskazanego art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że w niniejszej sprawie rozstrzygające jest przede wszystkim stanowisko Sądu Najwyższego, zgodnie z którym [w szczególności uchwała z dnia 17 grudnia 2010 r. sygn. akt: CZP 103/10] postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba także zwraca uwagę, że art. 2 ust. 7a ustawy Pzp nie określa momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem brak jest podstaw – w okolicznościach niniejszej sprawy - odmawiania wnoszącemu odwołanie na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności na podstawie art. 94 ust.1 ustawy Pzp - statusu wykonawcy i żądanie odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, bądź na podstawie pkt 1 tego przepisu. Izba stwierdza ponadto, że także nie zasługuje na uwzględnienie wskazywana podstawa odrzucenia odwołania oparta na przepisie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem w odwołaniu powołano okoliczności wynikające z dokumentacji udostępnionej przez Zamawiającego w dniu 26 lipca 2012 r. Tym samym odwołanie wniesione w dniu 26 lipca 2012 r. nie uchybia terminowi wynikającym z art. 182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp.

Dokonując z kolei, badania z urzędu legitymacji czynnej do wniesienia odwołania przez wykonawcę - Gildia sp. z o.o. tj. materialno-prawnej przesłanki, o której stanowi art. 179 ust.1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła brak takiej legitymacji na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co skutkuje oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpoznawania podniesionych w nim zarzutów. Zgodnie bowiem z powołanym przepisem [art. 179 ust.1 ustawy Pzp] legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej (w tym wypadku odwołania) ma tylko ten podmiot, który wykaże przede wszystkim interes w

uzyskaniu zamówienia, a ponadto możliwość poniesienia szkody. Analogiczne uregulowanie – tak jak w art.179 ust.1 ustawy Pzp - wynika także z art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG [zwanej także odwoławczą]. Zdaniem Izby - w niniejszej sprawie – Zamawiający jednoznacznie wykazał, że nie ma możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny podanej w ofercie przez wnoszącego odwołanie. Za taki dowód Izba uznała oświadczenie złożone w odpowiedzi na odwołanie [pismo z dnia 11 czerwca 2012 r. l.dz. 1221/06/2012, które to pismo Izba z urzędu zaliczyła w poczet materiału dowodowego oraz wyrok z dnia 12.06.2012 sygn. akt: KIO 1104/12], w którym stwierdza, że (...) w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 51.604.550,00 złotych. Oferty złożyło dwóch Wykonawców, Innovation Technology Group S.A. (dalej „ITG S.A.”), z siedzibą we Wrocławiu z ceną oferty 66.687.312,53 zł oraz Odwołujący z ceną oferty 84.475.991,22 zł. W wyniku oceny ofert obie oferty zostały uznane za niepodlegające odrzuceniu, a oferta ITG S.A. za najkorzystniejszą. W związku z faktem, iż przedmiotowe zamówienie finansowane jest ze środków Unii Europejskiej, a ostateczny termin rozliczenia finansowego projektu przypada na dzień 28 czerwca 2013 roku, oraz biorąc pod uwagę fakt, że termin realizacji zamówienia określony został w SIWZ na 7 miesięcy, nie jest możliwe ponowne przeprowadzenie przedmiotowego zamówienia. Wobec ewidentnego zagrożenia realizacji projektu Sejmik Województwa Dolnośląskiego przyjął w dniu 17 maja 2012 r. uchwałę zwiększającą kwotę na sfinansowanie zamówienia o kwotę 14,881.014,00 zł. W tym miejscu należy jednoznacznie podkreślić, że nie ma możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia o kolejne 17.788.678,69 zł, czyli do wysokości ceny oferty Odwołującego, co *de facto* uniemożliwia wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i w konsekwencji zawarcie z nim umowy o zamówienie publiczne”. Izba na marginesie stwierdza, że ustawa Pzp dla wykazania braku możliwości zwiększenia kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty nie wymaga uchwały organu, w której to organ ten odmawia takiego zwiększenia budżetu. Izba podkreśla, że wskazane powyżej oświadczenie zostało złożone przez uprawnioną osobę - wykonującą czynności kierownika zamawiającego i treść tego oświadczenia nie była kwestionowana przez wnoszącego odwołanie, co do jego zgodności czy też jego prawdziwości - ani w toku rozprawy w dniu 12 czerwca br, ani w toku rozprawy w dniu 8 sierpnia br - a wnosząc odwołanie w dniu 26 lipca br wykonawca miał świadomość tej okoliczności. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że zgodnie z art. 94 ust.3 ustawy Pzp wybór kolejnej „najkorzystniejszej oferty” spośród ofert pozostałych, jeżeli jest dokonywany, nie jest poprzedzony ich ponowną oceną. Oznacza to, że zostaje wybrana oferta następna w kolejności z najwyższą liczbą punktów. Podkreślenia także wymaga, że wskazany art. 94 ust.3 ustawy Pzp – zdaniem Izby - nie stanowi o obowiązku, a o uprawnieniu zamawiającego do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, gdy wykonawca,

którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy. Oznacza to, że po stronie zamawiającego, w pierwszej kolejności może pojawić się roszczenie o zawarcie umowy wobec wybranego wykonawcy (art. 70² § 3 k.c.) lub też, według jego uznania, podjęcie decyzji o wyborze kolejnej oferty z listy ofert uznanych za niepodlegające odrzuceniu i uzyskującej kolejno najwyższą punktację, chyba, że oferta wykonawcy uchylającego się od zawarcia umowy była jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu, bądź cena pozostałych ofert przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i zachodzi podstawa do unieważnienia postępowania określona art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższych ustaleń, wykazujących brak interesu wykonawcy w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp, odwołanie podlega oddaleniu bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w tym odwołaniu.

Izba na marginesie stwierdza, że wyjaśnienia udzielane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - w odpowiedzi na pytania - stanowią integralną część dokumentacji postępowania określającej warunki i wymagania odnoszące się do podmiotu, jak również przedmiotu zamówienia oraz inne warunki i wymagania związane z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak ustaliła Izba odpowiedź na pytanie 33 z dnia 22 lutego 2012 r. mogła w konsekwencji prowadzić do modyfikacji wymagania specyfikacji oraz istotnych postanowień umowy, jednakże wykonawca, uwzględniając terminy z art. 182 ustawy Pzp, nie żądał zmiany postanowień w tym zakresie. Dlatego też podnoszenie takiego zarzutu w odwołaniu z dnia 26 lipca br jest bezskuteczne i w tym przypadku ma odpowiednio zastosowanie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym dla Zamawiającego – jak i dla wykonawców - wiążąca jest interpretacja spornych wymagań wynikająca z odpowiedzi z dnia 22 lutego 2012 r., a to oznacza, że chociażby z tego powodu również zarzut braku odrzucenia oferty ITG z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp nie zasługiwałby na uwzględnienie.

Z tych też względów Izba, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

.....

