

Sygn. akt: KIO 2160/15

WYROK
z dnia 21 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2015 r. przez wykonawcę **ZREW Transformatory S.A.** z siedzibą w Łodzi, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **ENEA Operator Sp. z o.o.** z siedzibą w Poznaniu,

przy udziale wykonawcy **POWER ENGINEERING S.A.** z siedzibą w Czerwonaku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ZREW Transformatory S.A.** z siedzibą w Łodzi i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **ZREW Transformatory S.A.** z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – ENEA Operator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Strzeszyńska 58; 60-479 Poznań prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa transformatorów WN/SN dla potrzeb ENEA Operator Sp. z o.o. w 2015 i 2016 roku”.

Pismem z dnia 5 października 2015 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyznaczeniu terminu na przeprowadzenie aukcji elektronicznej.

Dnia 6 października 2015 roku wykonawca ZREW Transformatory S.A. z siedzibą w Łodzi, ul. Rokicińska 144; 92-412 Łódź (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami prawa czynności zamawiającego, polegających na:

- 1) zaniechaniu wykluczenia ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „ABB”) z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2, 8, 9 i 11 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ze względu na to, że ABB nie spełniła warunków udziału w postępowaniu wynikających z warunków określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale też wynikających z przepisów ustawy Pzp,
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez ABB, która to oferta podlegała odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp, ze względu na to, że treść oferty ABB nie odpowiada treści s.i.w.z. i nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
- 3) zaniechaniu wykluczenia POWER ENGINEERING S.A. z siedzibą w Czerwonaku (dalej „POWER ENGINEERING”), z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2, 8, 9 i 11 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ze względu na to, że POWER ENGINEERING nie spełniła warunków udziału w postępowaniu wynikających z warunków określonych przez zamawiającego w s.i.w.z., ale też wynikających z przepisów ustawy Pzp,
- 4) zaniechaniu odrzucenia oferty POWER ENGINEERING, podlegającą odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp, ze względu na to, że treść oferty POWER ENGINEERING nie odpowiada treści s.i.w.z. i nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
- 5) wyznaczeniu aukcji elektronicznej dla postępowania, z naruszeniem art. 91a ustawy Pzp,

6) zaniechaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez ZREW, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 2, 8, 9 i 11 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne i bezprawne zaniechanie wykluczenia ABB z postępowania, w sytuacji gdy ABB podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2, 8, 9 i 11 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ze względu na to, że ABB nie spełniła warunków udziału w postępowaniu wynikających z warunków określonych przez zamawiającego w s.i.w.z., ale też wynikających z przepisów ustawy Pzp,
2. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne i bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty ABB, która to oferta podlegała odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub 5 ustawy Pzp, ze względu na to, że treść oferty ABB nie odpowiada treści s.i.w.z. i nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
3. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ustawy Pzp, w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 2, 8, 9 i 11 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne i bezprawne zaniechanie wykluczenia POWER ENGINEERING z postępowania, w sytuacji gdy POWER ENGINEERING podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2, 8, 9 i 11 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ze względu na to, że POWER ENGINEERING nie spełniła warunków udziału w postępowaniu wynikających z warunków określonych przez zamawiającego w s.i.w.z., ale też wynikających z przepisów ustawy Pzp,
4. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ustawy Pzp, w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne i bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty POWER ENGINEERING, która to oferta podlegała odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp, ze względu na to, że treść oferty POWER ENGINEERING nie odpowiada treści s.i.w.z. i nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
5. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ustawy Pzp, w zw. z naruszeniem art. 91a ustawy Pzp, poprzez bezzasadne i bezprawne wyznaczenie aukcji elektronicznej i ewentualnie przeprowadzenie tej aukcji i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, innej niż oferta odwołującego,

6. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ustawy Pzp, w zw. z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne i bezprawne zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie zamawiającemu wykluczenia ABB z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2, 8, 9 i 11 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ze względu na to, że ABB nie spełniła warunków udziału w postępowaniu wynikających z warunków określonych przez zamawiającego w s.i.w.z., ale też wynikających z przepisów ustawy Pzp i odrzucenia oferty złożonej przez ABB w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp, ze względu na to, że treść oferty ABB nie odpowiada treści s.i.w.z. i nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
- 3) nakazanie zamawiającemu wykluczenia POWER ENGINEERING na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2, 8, 9 i 11 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ze względu na to, że POWER ENGINEERING nie spełniła warunków udziału w postępowaniu wynikających z warunków określonych przez zamawiającego w s.i.w.z., ale też wynikających z przepisów ustawy Pzp i odrzucenia oferty złożonej przez POWER ENGINEERING w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp, ze względu na to, że treść oferty POWER ENGINEERING nie odpowiada treści s.i.w.z. i nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
- 4) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez odwołującego w ramach wszystkich trzech zadań objętych postępowaniem, zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,
- 5) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyznaczeniu aukcji elektronicznej dla zadania nr 1, 3 oraz 4, a w razie gdyby do dnia rozstrzygnięcia niniejszej sprawy zamawiający przeprowadził tę aukcję, unieważnienia także aukcji i ewentualnej decyzji zamawiającego dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej, innej niż oferta odwołującego,
- 6) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, według norm przepisanych, w tym także kosztów zastępstwa procesowego przez profesjonalnego pełnomocnika,
- 7) zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia oferty złożonej przez ABB, a także przez POWER ENGINEERING wraz ze złożonymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami do wezwań.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że interes prawny odwołującego przejawia się w tym, że gdyby oferty ABB i POWER ENGINEERING zostały, zgodnie z zasadami obowiązującymi na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp, odrzucone, jako najkorzystniejsza wybrana zostać powinna oferta odwołującego, a co za tym idzie to odwołujący powinien uzyskać zamówienie publiczne, objęte niniejszym postępowaniem.

Zamawiający, na posiedzeniu złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca POWER ENGINEERING S.A. z siedzibą w Czerwonaku.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący nie posiada interesu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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. Powyższa konstrukcja omawianego przepisu daje więc wyraźną wskazówkę, co do rozumienia interesu podmiotowego wykonawcy korzystającego ze środków ochrony prawnej. Tak więc, aby móc przyznać odwołującemu interes w trybie przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, należy dokonać oceny: czy wykonawca ma lub może mieć realną szansę na uzyskanie danego zamówienia oraz czy poniósł lub może ponieść szkodę przez działanie bądź zaniechanie zamawiającego. Jednakże omawiany przepis nie daje możliwości przyjęcia alternatywy (możliwość uzyskania zamówienia lub możliwość poniesienia szkody), a wręcz

nakazuje wykazanie się spełnieniem obydwu przesłanek łącznie, na co wskazuje, użyty przez ustawodawcę spójnik łączący współrzędne części zdania „oraz”. W ocenie Izby przesłankę prowadzącą do ustalenia legitymacji do wniesienia odwołania należy interpretować wąsko: odwołanie służy ochronie interesów wykonawcy, który, na skutek niezgodnego z prawem działania bądź zaniechania zamawiającego, mógłby nie uzyskać zamówienia, podczas gdy w przypadku prawidłowych czynności zamawiającego – zamówienie by uzyskał.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej brak możliwości wykazania się przez odwołującego interesem w uzyskaniu danego zamówienia uniemożliwia merytoryczne rozpoznanie odwołania, gdyż ocena istnienia interesu wykonawcy, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jako przesłanka materialno-prawna ułożona została przez ustawodawcę pomiędzy oceną formalną wniesionego odwołania (art. 189 ust. 2 ustawy Pzp), a możliwością materialnego uwzględnienia/oddalenia odwołania (art. 192 ustawy Pzp).

Z okoliczności przedmiotowej sprawy, ustalonej w toku prowadzonego postępowania odwoławczego Izba ustaliła, że zamawiający po wniesieniu odwołania – dnia 16 października 2015 roku, unieważnił czynność zaproszenia do aukcji elektronicznej wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający dokonał czynności ponownej oceny ofert, w związku z czym wykluczył wykonawcę ABB z postępowania i odrzucił jego ofertę.

Ostatecznie w wyniku tego działania we wszystkich 4 zadaniach za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta odwołującego. Oferta przystępującego sklasyfikowana została za ofertą odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, a w szczególności mając na względzie brzmienie treści przepisu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba stwierdziła, że odwołujący, nie legitymuje się interesem we wniesieniu, a tym samym podtrzymywaniu przedmiotowego odwołania, ponieważ nie ma interesu w uzyskaniu danego zamówienia, gdyż de facto w tym zamówieniu oferta odwołującego, we wszystkich zadaniach została uznana za najkorzystniejszą, a podnoszenie zarzutów w stosunku do ofert wykonawców sklasyfikowanych za ofertą odwołującego jest bezzasadne, gdyż pozostaje bez wpływu na wynik postępowania – rozumiany jako zmianę na pozycji „lidera” – zwycięzcy przetargu. Uwzględnienie odwołania może nastąpić tylko i wyłącznie w przypadku, gdy zarzuty odwołania, uznane za zasadne spowodują udzielenie zamówienia temu wykonawcy, który wnosi odwołanie.

Okoliczność, iż zamawiający w zakresie zadań 1 i 3 unieważnił postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, stanowią odrębną podstawę odwoławczą, z której, jak to stwierdził na rozprawie odwołujący – zamierza skorzystać.

Reasumując, w ocenie Izby nie jest zasadne i właściwe podtrzymywanie zarzutów odwołania, które na chwilę orzekania utraciły swój byt prawny i nie zmieniają sytuacji tego wykonawcy w postępowaniu.

Nawet bowiem, gdyby przyjąć (co w ocenie Izby jest niedopuszczalne), że odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, to na przeszkodzie (w przypadku uznania zasadności zarzutów) uwzględnienia odwołania stoi przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. I w tym zakresie ustawodawca jednolicie wskazuje na okoliczność najistotniejszą we wnoszeniu środków ochrony prawnej, a mianowicie na wynik prowadzonego postępowania. Skoro bowiem wykonawca wnoszący odwołanie, w wyniku dokonanej przez Izbę oceny, nie będzie w sytuacji gorszej, tj. takiej, która w konsekwencji zmieni jego pozycję w rankingu (należy przypomnieć, że odwołujący w skarżonych zadaniach zajmuje pierwsze miejsce w rankingu), to zasadnym jest oddalenie takiego odwołania, bądź wcześniej stwierdzenie braku interesu w trybie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: