

WYROK

z dnia 22 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Honorata Łopianowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez PB Inter – System spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Teatr Muzyczny CAPITOL we Wrocławiu - w trybie przetargu nieograniczonego na „*Przebudowę Teatru Muzycznego Capitol we Wrocławiu*”,

przy udziale przystępującego do postępowania odwoławczego – Warbud SA w Warszawie - po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - PB Inter – System spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20.000 zł 00 gr [słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy] z kwoty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego - PB Inter – System spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.335 zł 11 gr (trzech tysięcy trzystu trzydziestu pięciu złotych, jedenastu groszy) przez Odwołującego PB Inter – System spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu na rzecz Zamawiającego Teatru Muzycznego CAPITOL we Wrocławiu, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz stawiennictwa na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Przebudowę Teatru Muzycznego Capitol we Wrocławiu* z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.] wymaganych przy procedurze, gdy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia wynosi 151.694.449,43 zł [39.514.052,99 euro].

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 225-344042 w dniu 19 listopada 2010r.

Zamawiający w dacie 1 lutego 2011r. powiadomił wykonawców o dokonaniu oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Warbud SA w Warszawie. Od czynności dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej [a także: *z ostrożności braku wskazania podstaw prawnych i faktycznych unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty*] Odwołujący w dniu 11 lutego 2011r. wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 6 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2010r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz forma w jakich dokumenty te mogą być składane dalej jako „rozporządzenie), poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykonawcy Warbud SA, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt. 2 i ust. 3 rozporządzenia poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykonawcy Warbud SA, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 22 ust. pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykonawcy Warbud S.A., pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia;

- 4) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Warbud S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz złożenia wyjaśnień;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Warbud S.A., pomimo że oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 6) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy

Podniesiono także - z ostrożności - zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 w zw. z art. 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty bez wskazania podstaw prawnych i faktycznych podjętej decyzji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez Warbud SA i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania wywołanego wniesieniem odwołania przez PB Inter – System spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, zgłosił przystąpienie i został dopuszczony do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Warbud SA w Warszawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w prowadzonym postępowaniu w dniu 1 lutego 2011r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Warbud SA w Warszawie.

W dacie 4 lutego 2011r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. W zawiadomieniu o powyższej czynności unieważnienia, Zamawiający podał: „*Na podstawie art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (...) Teatr Muzyczny CAPITO zawiadamia, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w ww. postępowaniu obarczona jest błędem. W związku z powyższym*

unieważnia się czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, a komisja przetargowa przystępuje do powtórzenia czynności od momentu otwarcia ofert (badania i oceny złożonych ofert) [pismo Zamawiającego z dnia 4 lutego 2011r. ZP/09/10/DA/PN].

Zamawiający dokonał powtórzenia czynności badania i oceny ofert od momentu otwarcia ofert – zgodnie z treścią art. 17 ust. 3 ustawy [vide: protokół z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 7 lutego 2011r.].

Pismem z dnia 8 lutego 2011r. Zamawiający zwrócił się do Warbud SA w Warszawie na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych o wyjaśnienie lub uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w terminie do 11 lutego 2011r. godz. 10.00 [pismo Zamawiającego z dnia 8 lutego 2011r. ZP/09/10/DA/PN]

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w dniu 9 lutego 2011r. wykonawca Warbud SA w Warszawie udzielił Zamawiającemu odpowiedzi, zawierającej wyjaśnienie [pismo wykonawcy Warbud SA w Warszawie z 9 lutego 2011r.; O/Teatr_Capitol/Zarz/205/11]

W dniu 11 lutego 2011r. o godz. 14.55 wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Odwołującego na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 1 lutego 2011r. a także – z ostrożności – na czynność unieważnienia tego wyboru z dnia 4 lutego 2011r.

W dniu 11 lutego 2011r. o godz. 15.05 Zamawiający poinformował Odwołującego za pośrednictwem faksu o ponownym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Warbud SA w Warszawie [potwierdzenie transmisji faksowej informacji o wyborze oferty z 11 lutego 2011r. na numer faksu Odwołującego].

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro Odwołujący w złożonym odwołaniu wyznaczył jego zakres poprzez: kwestionowanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 1 lutego 2011r., która w momencie wniesienia odwołania była czynnością nieistniejącą [wobec jej unieważnienia przez Zamawiającego w dniu 4 lutego 2011r.] a także – z ostrożności podniósł zarzut unieważnienia tego wyboru, należało uznać, iż jakkolwiek na moment złożenia odwołania

zarzuty oraz czynność wyboru najkorzystniejszej dotyczyły czynności nieistniejących, to zakwestionowanie dodatkowo czynności unieważnienia wyboru czyniło odwołanie nie podlegającym odrzuceniu.

Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowaną w odwołaniu i w granicach tego odwołania [zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych] czynność Zamawiającego polegającą na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Warbud SA w Warszawie, uznano że odwołanie podlegało oddaleniu.

Przesłankami materialnoprawnymi, uprawniającymi do wniesienia odwołania są – w myśl przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy zwrócić uwagę, iż w świetle powołanego przepisu, Odwołujący nie musi wykazywać, iż ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia - wystarczające jest, iż miał interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych mógł ponieść szkodę.

Na gruncie analizowanej sprawy stwierdzono, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż na obecnym etapie wykonawca ten nie jest wykluczony ani jego oferta odrzucona, nie utracił zatem statusu wykonawcy w postępowaniu ani szansy na wygranie przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne.

Do rozstrzygnięcia pozostawała zatem kwestia, czy spełniona jest także w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy druga przesłanka legitymacji czynnej, to jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Na gruncie analizowanej sprawy, w momencie wnoszenia odwołania wybór najkorzystniejszej oferty został unieważniony, zatem nie tylko zarzucane w odniesieniu do tego wyboru naruszenia prawa ale i sama czynność kwestionowana w odwołaniu utraciły swój byt. Tym samym nie sposób dopatrzeć się szkody, względnie możliwości jej poniesienia w wyniku ewentualnych naruszeń przez Zamawiającego przepisów prawa w odniesieniu do nieistniejących już [i nieistniejących w momencie składania odwołania] czynności.

Przed wszystkim należy zauważyć, iż ani w kodeksie cywilnym ani w ustawie Prawo zamówień publicznych pojęcie szkody nie zostało zdefiniowane. Jednakże trafny wydaje się pogląd ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle brzmienia art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Konieczne jest tym samym wykazanie przez odwołującego, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Jak podnosi się w piśmiennictwie, następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie - uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. Jak można wywieść z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 2008 r. [sygn.akt V CSK 18/08, Lex nr 424431], następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy, biorąc pod uwagę, iż podniesione w odwołaniu zarzuty skierowane są wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 1 lutego 2011r., która to czynność, w momencie wniesienia odwołania była już czynnością nieistniejącą – wobec jej unieważnienia przez Zamawiającego w dniu 4 lutego 2011r., nie sposób przyznać Odwołującemu poniesienia, względnie możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia w ramach wspomnianego wyboru najkorzystniejszej oferty. Podkreślenia bowiem wymaga, że nie sposób rozważać kwestii szkody w warunkach, gdy nie ma czynności ani zaniechań, w wyniku których owa szkoda miałaby nastąpić, i – co istotne – nie było ich już w momencie wniesienia odwołania przez Odwołującego. Wylimitowanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpienie do powtórzenia czynności od momentu otwarcia ofert czyni także bezprzedmiotowymi wszystkie zarzuty sformułowane wobec wyboru najkorzystniejszej oferty oraz oceny oferty Warbud SA w Warszawie.

Unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty wyczerpuje bowiem zarówno żądanie podniesione w odwołaniu jak i zaspokaja wszystkie podniesione odwołaniu wobec wyboru najkorzystniejszej oferty [a także poprzedzającej ten wybór oceny oferty wykonawcy Warbud SA w Warszawie] zarzuty.

Wbrew wyrażonym na rozprawie obawom Odwołującego, iż zarzuty skierowane przeciwko poprzedzającej wybór ocenie oferty Warbud SA w Warszawie i składającym się na tę ocenę wezwaniom Zamawiającego [lub też zaniechaniom wezwania w określonym zakresie] mogą zostać uznane za spóźnione, jeśli zostałyby wyrażone później, należało podkreślić, że wraz z unieważnieniem wyboru najkorzystniejszej oferty traci swój byt poprzedzająca ten wybór ocena złożonych ofert. Dokonana ponowna ocena ofert, nawet taka sama nie jest tą samą oceną. Dostrzec trzeba, że wybór najkorzystniejszej oferty nie jest tylko formalną czynnością, której byt jest samoistny i niezwiązany z oceną złożonych ofert i dokumentów: to bezpośrednie następstwo tej oceny i z tą oceną musi być związane. Z momentem dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej, ze swej istoty traci byt ocena dokonana przez Zamawiającego w odniesieniu do złożonych dokumentów i ofert. Po unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty stan postępowania niejako wraca do etapu, gdy postępowanie jest nierozstrzygnięte i nie jest znany nie tylko jego wynik, ale także ocena ofert i dokumentów poprzedzająca to rozstrzygnięcie. Wyraz tego dał także Zamawiający w informacji o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty, wskazując wyraźnie w piśmie z 4 lutego 2011r., że *komisja przetargowa przystępuje do powtórzenia czynności od momentu otwarcia ofert (badania i oceny złożonych ofert)*; analogiczny wniosek płynie z zawartości protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej z 7 lutego 2011r.

W tym kontekście zarzuty odwołania skierowane do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 1 lutego 2011 r. dotyczą czynności historycznej, wyeliminowanej z obrotu przez Zamawiającego, co czyni je bezprzedmiotowymi, zaś wobec niepodjęcia jeszcze na moment złożenia odwołania ponowionej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – w odniesieniu do tego wyboru – przedwczesnymi.

Analiza treści odwołania prowadzi do konkluzji, iż zakwestionowano w nim także czynność unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 1 lutego 2011r. Jakkolwiek bowiem Odwołujący nie sformułował żadnego wniosku w odniesieniu do tej czynności, to jednak została ona objęta zakresem odwołania jako czynność kwestionowana, podano także

zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 w zw. z art. 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty bez wskazania podstaw prawnych i faktycznych podjętej decyzji.

Odnosząc się do tak postawionego zarzutu, w pierwszym rzędzie podkreślenia wymagało, iż nie koresponduje on zarówno z wnioskiem odwołania [żądaniem nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert], skoro wniosek ten wyczerpuje tak postawiony zarzut. W kontekście żądania zawartego w petitum odwołania kwestionowana czynność unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty zdaje się czynić zadość temu żądaniu. Nie sposób tu zatem nie dostrzec wyraźnej sprzeczności w treści odwołania. Podkreślenia dalej wymaga, że – wbrew twierdzeniu odwołania - informacja z dnia 4 lutego 2011r. o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty zawiera uzasadnienie, które pozwala ocenić treść tej czynności oraz jej skutki dla uczestników postępowania – wskazuje że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu obarczona jest błędem oraz że komisja przetargowa przystępuje do powtórzenia czynności od momentu otwarcia ofert [badania i oceny złożonych ofert].

Podkreślenia dalej wymagało, że zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego. Dopuszczalne jest samodzielne podjęcie przez zamawiającego decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile zamawiający uzna, iż podjęte uprzednio czynności są obciążone wadą. Innymi słowy, zamawiający jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, gdy tylko stwierdzi, iż uprzednio popełnił błąd wybierając oferty z naruszeniem ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia [zawarcia umowy]. Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Zatem dokonując

wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie były umowy zawarte prawidłowo [tak też: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2010r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10; z dnia 23 września 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1939/10]. Powyższe stanowi o dopuszczalności unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz bezzasadności podniesionego w tej mierze zarzutu.

Mając na uwadze przedstawione wyżej okoliczności, wobec faktu że art. 179 ust. 1 ustawy wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, biorąc pod uwagę, iż Odwołujący wykazał interes, a hipotetyczne założenia jakie poczynił nie uprawdopodobniły w sposób wystarczający możliwości poniesienia szkody, prowadzą do wniosku, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek.

Omówione wyżej okoliczności skutkowały także uznaniem, że podnoszone w odwołaniu zarzuty pozostawały bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: