

Sygn. akt KIO 662/11

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Odwołującego wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o., Czartki 60, 98-200 Sieradz** od czynności Zamawiającego **Miasto Zduńska Wola, ul. Stefana Żółtnickiego 12, 98-220 Zduńska Wola**

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o., Czartki 60, 98-200 Sieradz i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o., Czartki 60, 98-200 Sieradz**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Sieradzu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie wyroku z dnia 8.04.2011 r. sygn. akt KIO 662/11

W dniu **28 marca 2011 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie złożone na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010r., nr 113, poz. 759 ze zmianami) (zwaną dalej „ustawą Pzp”) przez Odwołującego **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Czartkach** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miasto Zduńska Wola** w trybie przetargu nieograniczonego na „Przebudowę ciągu komunikacyjnego ulic na Osiedlu „Pastwiska” w Zduńskiej Woli - ETAP II: ulica Sokola i ulica Boczna” (zwanym dalej „postępowaniem”) od czynności odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu.

Postępowaniu Zamawiającego zarzucono naruszenie przepisów:

- art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty, której treść nie była sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „siwz”) oraz zaniechanie odrzucenia ofert o treści sprzecznej z siwz,
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której złożono oferty nieporównywalne, co prowadzi do dowolności ich oceny i narusza uczciwą konkurencję,
- art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie za najkorzystniejszą oferty wykonawcy wybranego niezgodnie z przepisami ustawy pzp.

Odwołujący wskazywał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia bowiem oferty o cenie niższej niż oferta Odwołującego (w postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert była cena) powinny zostać przez Zamawiającego odrzucone, a Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Nie tylko bowiem przewidywał zatrudnienie dla swoich pracowników i sprzętu, ale kalkulował zysk w wyniku realizacji zamówienia.

Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności oceny ofert, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. powtórzenie czynności oceny ofert i odrzucenie ofert wykonawców:
 - Zakładu Usług Komunalnych B.J. Pabich s.c.
 - Przedsiębiorstwa Drogowego „Lambdar” Sp. z o.o.
 - DROMAK Sp. z o.o.
3. uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą
4. bądź unieważnienie postępowania, jako przeprowadzonego z naruszeniem podstawowej zasady zamówień publicznych - zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ustawy pzp.

Wykonawca otrzymał powiadomienie o odrzuceniu swojej oferty w dniu **22 marca 2011**

roku, stąd odwołanie wnoszone jest w terminie.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego stwierdzając, iż „po sprawdzeniu kosztorysów ofertowych Komisja stwierdziła, że oferta nr 5 jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ponieważ Oferent w obliczeniu ceny ofertowej nie uwzględnił kosztów kamerowania kanalizacji deszczowej oraz kosztów pompowania wody” wskazując na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawę prawną dokonanej przez siebie czynności. Jednocześnie Zamawiający poinformował o uznaniu oferty DROMAK Sp. z o.o. za najkorzystniejszą.

Odwołujący nie zgadza się z zarzutem Zamawiającego. Z całą stanowczością twierdzi, że treść jego oferty jest zgodna z treścią siwz, a oferta uwzględniała koszty, o których mowa w piśmie Zamawiającego.

W pkt XVII. „Opis sposobu obliczenia ceny ofertowej” siwz Zamawiający zdefiniował zasady obliczenia ceny ofertowej w sposób następujący:

„1. Wykonawca wylicza cenę ofertową na podstawie przedmiaru robót, SIWZ, dokumentacji projektowej oraz wizji lokalnej.

2. W ofercie należy podać cenę brutto (cena netto + Vat), w rozbiciu na dwie ulice:

1) ulica Sokola:

a. roboty drogowe

- jezdnia

- chodniki, ścieżki rowerowe i zjazdy gospodarcze

b. kanalizacja deszczowa

c. koszty pozostałe

2) ulica Boczna:

a. roboty drogowe

- jezdnia

- chodniki, ścieżki rowerowe i zjazdy gospodarcze

b. kanalizacja deszczowa

d. koszty pozostałe

3. Oprócz robót wykazanych w przedmiarach należy uwzględnić koszty inwentaryzacji powykonawczej zadania, badań i sprawdzeń, kamerowania wybudowanej kanalizacji deszczowej.

4. W ofercie należy podać również czynniki cenotwórcze zastosowane przy wycenie zamówienia."

Jednocześnie w pkt VIII. „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia” Zamawiający enumeratywnie wymienił dokumenty i oświadczenia, jakie wykonawca winien złożyć jako ofertę. W zakresie odnoszącym się do odwołania były to:

„1. Formularz oferty zgodny w treści ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ, (...) oraz 9. Kosztorysy ofertowe”.

W czasie procedury o zamówienie ze strony wykonawców zadawane były pytania, na które Zamawiający udzielał odpowiedzi, m.in. w zakresie dotyczącym przedmiotu odwołania. I tak:

- w piśmie znak : I.271.1.10.2011 z dnia 23 lutego 2011 roku - WYJAŚNIENIE NR 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:

„1. Czy należy w kosztorysie ofertowym uwzględnić koszt pompowania wody?

Ad.1. **W kosztorysie ofertowym** należy uwzględnić koszt pompowania wody. Ilość godzin pompowania zestawem igłofiltrów wynosi 168. Podana ilość godzin wynika z obliczeń zawartych w dokumentacji geotechnicznej i jest optymalna do warunków gruntowo-wodnych występujących w podłożu budowlanym projektowanej kanalizacji deszczowej. Badania geologiczne były wykonywane w okresie niewielkiego zasilania wód gruntowych, a więc poziom wód gruntowych jaki został przyjęty do zaprojektowania odwodnienia był poziomem niskim w stosunku do roku hydrologicznego. W trakcie robót ziemnych należy liczyć się z możliwością zmian w głębokości występowania poziomu zwierciadła wody gruntowej, wynikających ze zmiennych warunków atmosferycznych występujących na tym terenie. Koszt pompowania wody należy rozliczać na podstawie dziennika pompowania.

2. Czy należy w kosztorysie ofertowym uwzględnić koszt inspekcji telewizyjnej kanału deszczowego?

Ad.2. **W kosztorysie ofertowym**, zgodnie z zapisem w SIWZ pkt. IV ppkt 4, należy uwzględnić koszt inspekcji telewizyjnej kanału deszczowego i dopisać go do przedmiaru robót jako kontrolę jakości robót instalacyjnych przed przystąpieniem do realizacji robót drogowych.”

Istotę sporu stanowi zatem możliwość dopisania lub nie pozycji dot. pompowania wody i inspekcji telewizyjnej kanału deszczowego do kosztorysu.

Odwołujący wskazał, że kosztorys dostarczył Zamawiający. W piśmie znak: I.271.1.13.2011 z dnia 24 lutego 2011 roku - WYJAŚNIENIE NR 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, udzielił mianowicie następującej odpowiedzi:

„1. W związku z zamieszczeniem kosztorysu ofertowego w formie szczegółowej oraz uproszczonej proszę o potwierdzenie w jakiej postaci należy załączyć kalkulację?

Ad. 1. Załączenie kalkulacji kosztów w formie uproszczonej jest wystarczające do oceny oferty”.

Uwzględniając zatem treść siwz i żądanie przedłożenia kosztorysu ofertowego w niej wyartykułowane oraz powyższe ustalenia, uznać należy że wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia kosztorysów w zakreślonym przez Zamawiającego zakresie i treści. Odwołujący działał w zaufaniu do przedstawionych mu wymagań.

Nie można przy tym pomijać kwestii, że brak doprecyzowania przez Zamawiającego sposobu wprowadzenia zmian w kosztorysie spowodował, że oferty zostały sporządzone w sposób odmienny w tym samym postępowaniu. Różne są bowiem kosztorysy sporządzone

przez Wykonawców - i tak, np. w kosztorysie firmy „Lambdar” Sp. z o.o. brak jest poz. pompowania wody, jest natomiast poz. kontrola jakości robót instalacyjnych. Pomimo to Zamawiający uznał, że treść oferty tego Wykonawcy odpowiada treści siwz. Dwaj pozostali Wykonawcy, których oferty nie zostały odrzucone uzupełnili z kolei kosztorysy o wymienione pozycje, przy czym „DROMAK” Sp. z o.o. dopisał jeszcze pozycję inwentaryzacja powykonawcza, pomimo że brak było takiej dyspozycji Zamawiającego.

Niesporne jest, że Zamawiający żądał przedłożenia kosztorysu, a nie przedmiaru i dał wykonawcom uprawnienie do skorygowania wyłącznie przedmiaru, a nie kosztorysu.

Odwołujący w tej sytuacji nie skorygował kosztorysu dostarczonego przez Zamawiającego, ale w cenie zamówienia uwzględnił wymagane koszty. Treść oferty Odwołującego jest zatem zgodną z treścią siwz i Zamawiający nie ma podstaw do jej odrzucenia.

Taki obowiązek spoczywał natomiast na nim w stosunku do ofert pozostałych trzech wykonawców, w tym wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Wykonawcy sporządzili różne oferty, bowiem dyspozycje Zamawiającego przekazane w postępowaniu, co do zapisu sposobu obliczenia ceny nie były jednoznaczne. W rezultacie uniemożliwiło to zachowanie uczciwej konkurencji przy ocenie ofert i skutkowało dowolnością oceny ofert.

Do postępowania nie przystąpił żaden z pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W dniu **6 kwietnia 2011 roku** Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazał, że w jego ocenie trafnie zastosował powołaną regulację. Zamawiający wskazał na postanowienia siwz w pkt IV ppkt 3 i 4 Opis przedmiotu zamówienia – Dodatkowe informacje dotyczące przedmiotu zamówienia, który wyraźnie precyzował, że „po stronie wykonawcy zamówienia leżą również koszty związane z wytyczeniem robót w terenie, inwentaryzacją powykonawczą zadania, **wykonaniem kamerowania kanalizacji deszczowej** oraz wszelkie opłaty za zajęcie terenu. Pozostały grunt z wykopów a także materiały z rozbiórki oraz wycinki drzew i krzewów Wykonawca winien zagospodarować we własnym zakresie. Informacje te Wykonawca winien uwzględnić przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego”. Zamawiający przywoływał także zapisy siwz w punkcie XVII dotyczącym „Opisu sposobu obliczenia ceny ofertowej”, z których wynikało, że oprócz robót w przedmiarach należy uwzględnić koszty inwentaryzacji powykonawczej zadania, badań i sprawozdań, kamerowania wybudowanej kanalizacji deszczowej. Zamawiający wskazał także na odpowiedzi udzielone na zadawane przez wykonawców pytanie (te same, na które powoływał się Odwołujący), z których zdaniem Zamawiającego wynika, że ujęcie przez wykonawców w kosztorysie ofertowym pozycji opisujących wycenę pompowania wody z wykopu oraz wycenę kamerowania kanału deszczowego było bezsporne. Wykonawca przedstawiając kosztorys ofertowy winien opierać się na postawie w postaci załączonych przedmiarów robót,

które zawierają numery pozycji katalogowych KNNR lub KNR. Odwołujący nie doprecyzował, w których pozycjach kosztorysu ujął dodatkowe koszty. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że nie ma możliwości rozszerzenia zakresu prac, a żadna z pozycji przedmiaru nie zawierała pompowania wody lub kamerowania. W konsekwencji, Zamawiający wskazał, że dodatkowe prace należy dopisać do kosztorysu oddzielnie.

Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp, Zamawiający podnosił, że regulacja ta nakłada na niego obowiązek zachowania należytej staranności w celu eliminacji oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie też Zamawiający przywołał definicję czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 wskazywanej ustawy. W tym zakresie zaś podniesiono, że Odwołujący nie wyspecyfikował na czym dokładnie miało polegać zachowanie Zamawiającego godzące w przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Dodatkowo, Zamawiający oświadczył, że zaprzecza temu, aby dopuścić się zachowań godzących w naruszeniu zasad uczciwej konkurencji. Powyższe stanowisko Zamawiający podtrzymał również w przypadku zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Reasumując, Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów dających możliwość uznania, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Nie przywołał żadnych dowodów, które pozwolą uznać, że poniesie szkodę z tytułu utraty szansy na realizację zamówienia, a podnoszenie argumentów o przewidywaniu zatrudnienia dla pracowników i sprzętu czy oczekiwania osiągnięcia zysku może artykułować każdy przedsiębiorca uczestniczący w obrocie gospodarczym. Przede wszystkim zaś Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które miałyby bezspornie przesądzić o tym, iż jego oferta jest najkorzystniejsza a pozostałe winny zostać odrzucone, jako niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów przedłożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego oraz stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 14 lutego 2011 roku pod nr 51459-2011, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej, na której udostępnił również siwz.

W pierwszej kolejności ustalono, że wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i wynosi 2 611 732,95 zł (w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 865 577,65 zł), co stanowi równowartość 680 315,95 euro.

Odwołujący złożył czwartą ofertę pod względem ceny, która zgodnie z postanowieniami siwz stanowiła jedyne kryterium oceny ofert.

Odwołujący poza przekazaniem kopii odwołania nie informował Zamawiającego o żadnej innej niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której był on zobowiązany na podstawie ustawy Pzp w stosunku do ofert wykonawcy wybranego i znajdującego się na drugim miejscu w rankingu, tj. nie skorzystał z przysługującego mu prawa na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie na rozprawę.

W związku z tak ustalonym we wstępie uzasadnienia stanem faktycznym, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione z uwagi na stwierdzony przez Izbę po stronie Odwołującego **brak interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody** we wniesieniu odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Z tego względu Izba odstąpiła od merytorycznego rozpatrzenia podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Z uwagi na brzmienia art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w przedmiotowym postępowaniu Odwołującemu przysługiwało odwołanie wyłącznie w zakresie zarzutów dotyczących czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Wskazać przy tym należy, że zgodnie z art. 181 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca lub uczestnik konkursu może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności do której jest zobowiązany na podstawie ustawy, na które stosownie do art. 180 ust. 2 nie przysługuje odwołanie. W przypadku uznania zasadności przekazanej przez wykonawcę informacji Zamawiający ma obowiązek powtórzyć czynność lub dokonać czynności zaniechanej, informując o tym wykonawców w sposób przewidziany w ustawie dla tej czynności. Jednak odwołanie nie przysługuje wobec tych czynności z zastrzeżeniem art. 180 ust. 2 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu informacji na podstawie art. 181 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej. Podniósł je w odwołaniu. Zarówno wobec zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego, jak i zarzutów dotyczących ofert go poprzedzających w rankingu ofert. Zamawiający podtrzymał swoją decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności dokonała oceny kwestii posiadania przez Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania, stosownie do wymogów określonych w art. 179 ust. 1 Pzp. Izba badała legitymację Odwołującego do wniesienia odwołania wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu stosownie do brzmienia art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a zatem wyłącznie w odniesieniu do kwestionowania czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek: (1) posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia, (2) poniesienia lub możliwości poniesienia szkody, (3) poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub przewidywana szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Jak wynika z brzmienia analizowanego przepisu, interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi „danego” zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 179 ust. 1 Pzp wymaga także, aby łącznie z interesem w uzyskaniu danego zamówienia Odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oznacza to, że wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, że Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący w chwili wniesienia odwołania nie ma i nie miał interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nawet ewentualne potwierdzenie się w toku postępowania odwoławczego zasadności zarzutów odwołania nie oznaczałoby, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponosząc tym samym szkodę. W ocenie Izby w chwili wnoszenia odwołania Odwołujący nie legitymował się już tym interesem, gdyż złożył czwartą ofertę pod względem ceny, która stanowiła jedyne kryterium oceny ofert, zatem uwzględnienie odwołania nie otworzyłoby mu realnej możliwości uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o jego udzielenie.

Interes uprawiający do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym mowa w art.

179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi materialnoprawną przesłankę zasadności odwołania i podlega ocenie na dzień jego wniesienia zarówno w kontekście stawianych zarzutów, jaki i zaskarżalnych czynności, bądź zaniechań dokonania czynności przez Zamawiającego. W niniejszej sprawie czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego mogłaby powodować uszczerbek w jego interesie objawiający się pozbawianiem szans na uzyskanie zamówienia, jednak pod warunkiem, że kierowałby on swoje zarzuty również przeciwko zaniechaniu odrzucenia przez Zamawiającego zarówno oferty wybranej jako najkorzystniejsza jak i ofert sklasyfikowanej na dalszych miejscach. Jednakże z uwagi na brzmienie art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp brak możliwości rozpoznania przez Izbę zarzutów dotyczących pozostałych wskazywanych ofert powoduje, że nawet przy ewentualnej zasadności zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby być sklasyfikowana najwyżej na dalszym miejscu w rankingu wykonawców, nie prowadząc do uzyskania zamówienia. Izba wzięła pod uwagę, iż przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp stanowi zarówno o sytuacji, w której wykonawca ma interes w uzyskaniu zamówienia, jak i sytuacji, w której wykonawca miał interes w uzyskaniu zamówienia, co pozwala na wykazywanie posiadania tego interesu w momencie dokonywania przez Zamawiającego czynności kwestionowanej zarzutami wniesionego odwołania. Nie zmienia to jednak tego, iż przy ocenie posiadania tego interesu przez wykonawcę w przeszłości należy również uwzględnić zakres podniesionych przez niego we wniesionym odwołaniu zarzutów. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, biorąc pod uwagę zakres zarzutów odwołania, należało uznać, iż Odwołujący będąc uprawnionym do kwestionowania wyłącznie odrzucenia swojej oferty, czwartej pod względem ceny, nie wykazał tym samym również, iż miał jeszcze ten interes w momencie odrzucenia jego oferty.

Izba zważyła przy tym, iż z mocy przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, ograniczającego zakres zaskarżalnych czynności w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych, Odwołujący nie mógł skutecznie kwestionować we wniesionym odwołaniu wyboru najkorzystniejszej oferty i klasyfikacji innych ofert dokonanej przez Zamawiającego. Odwołujący, jeżeli miał zastrzeżenia względem prawidłowości tych czynności, mógł i powinien w terminie jak na wniesienie odwołania skorzystać z instytucji przewidzianej w przepisie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp i równoległe ze złożeniem odwołania na odrzucenie swojej oferty poinformować Zamawiającego o naruszeniu przez te czynności przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby tylko w takim przypadku można by uznać, że uwzględnienie odwołania otworzy Odwołującemu realną możliwość uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o jego udzielenie, gdyż z przepisu art. 181 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika ograniczenie terminu jakim Zamawiający może uznać zasadność przekazanej informacji.

Nadto należy stwierdzić, iż przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga od wykonawcy wnoszącego środki prawne nie tylko legitymowania się interesem w uzyskaniu zamówienia,

ale również wykazania, iż poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Przez szkodę należy rozumieć uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy jakiego doznaje poszkodowany wykonawca w wyniku określonego działania lub zaniechania Zamawiającego. Wobec tego w świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp szkoda musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego, co oznacza, iż musi ona pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Odwołujący wskazywał, iż szkodę w jego przypadku stanowić będzie utrata zysku na skutek nieuzyskania zamówienia. Jak ustalono jednak w toku postępowania, Odwołujący nie mógłby uzyskać przedmiotowego zamówienia, ponieważ zgodnie z kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w wyniku jej przywrócenia do postępowania. W tych okolicznościach wykazywana przez Odwołującego szkoda nie jest normalnym następstwem naruszenia przepisów ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego. Nawet w przypadku stwierdzenia przez Izbę, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu, Odwołujący nie uzyska zamówienia. Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu oferta Odwołującego zajęłaby czwarte miejsce w razie niedokonania czynności jej odrzucenia, Odwołujący nie wykazał skutecznie, iż przy braku odrzucenia jego oferty, realnym byłby taki wynik postępowania, w następstwie którego zostałaby z nim zawarta umowa, a tym samym wskutek naruszenia ustawy mógł on ponieść szkodę.

Odwołujący wnosząc odwołanie obowiązany był zatem wykazać możliwość poniesienia szkody wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, w tym przypadku poprzez bezprawne odrzucenie jego oferty, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, czego jednak nie uczynił.

Wobec tego, skoro art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania łącznego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, stwierdzić należało, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia żadnej z tych przesłanek.

Tym samym, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego nie naruszyła przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i była uzasadniona.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający nie naruszył swoim działaniem przepisów wskazanych w petitum odwołania, tym samym odwołanie, na podstawie art. 192 ust. 1 wskazanej ustawy podlegało oddaleniu. W ocenie Izby zarzuty Odwołującego

w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się i podjęte decyzje nie miały wpływu na wynik postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 3 444 zł. Po pierwsze skład orzekający wskazuje, że pełnomocnik Zamawiającego jest pracownikiem Urzędu Miasta zatrudnionym na stanowisku radcy prawnego dlatego też uzyska wynagrodzenie pracownicze za świadczenie obowiązku zastępstwa procesowego. Po drugie zaś, w związku z postawą Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania odwoławczego, która doprowadziła do przedłużenia postępowania i opóźnienia w wydaniu orzeczenia w przedmiotowej sprawie, skład orzekający stwierdził, iż wnioskowane koszty były nieuzasadnione.

Przewodniczący:

.....