

Sygn. akt: KIO 303/14

WYROK

z dnia 4 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2014 r. przez wykonawcę **Media Impact Polska Sp. z o.o., ul. Domaniewska 52, 02-672 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Środowiska, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Media Impact Polska Sp. z o.o., ul. Domaniewska 52, 02-672 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Media Impact Polska Sp. z o.o., ul. Domaniewska 52, 02-672 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Uzasadnienie

Zamawiający – Ministerstwo Środowiska – prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm); dalej jako „Pzp”; postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Publikacja ogłoszeń prasowych w 2014 r. związanych z wdrażaniem Programu Infrastruktura i Środowisko oraz funduszy norweskich i EOG pochodzących z Islandii, Liechtensteinu oraz Norwegii”*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 stycznia 2014 r., pod nr 15273-2014. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 12 lutego 2014 r., Zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, zawiadamiając jednocześnie Odwołującego – Media Impact Polska Sp. z o.o. – o odrzuceniu oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący w dniu 17 lutego 2014 r. złożył odwołanie od w/w czynności, zarzucając Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty, której treść odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- 2) rażące naruszenie art. 7 Pzp wobec nierównego potraktowania wykonawców, a przez to nie zachowanie uczciwej konkurencji poprzez przypisanie Odwołującemu cech dyskwalifikujących jego ofertę mimo braku jakichkolwiek ku temu uzasadnionych przesłanek oraz zastosowanie niedających się zweryfikować kryteriów.

Na podstawie tak postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert,
- 3) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że nie zasługuje na aprobatę stanowisko Zamawiającego, który odrzucając ofertę Odwołującego oparł się na stwierdzeniu, że gazeta Fakt Gazeta Codzienna ma charakter tabloidu, przez co oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Jak podał Odwołujący dziennik Fakt Gazeta Codzienna jest uznanym źródłem rzetelnych informacji dla opinii publicznej. Dziennik ten ma zasięg ogólnopolski, a także największy nakład spośród dzienników ukazujących się w języku polskim. Grupą docelową zamówionych ogłoszeń, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, powinien być ogół

społeczeństwa, a ogłoszenia powinny być publikowane w wydaniach prasy poświęconej tematyce gospodarczej, społeczno-politycznej, kulturalnej oraz prawnej. Osiągnięcie założeń Zamawiającego będzie tym skuteczniejsze im większy będzie nakład dziennika ogólnopolskiego, w którym umieszczone zostaną przedmiotowe ogłoszenia. Odwołujący przytoczył dane sprzedażowe za I półrocze 2013 r., wskazując, że średnie płatne rozpowszechnianie dziennika Fakt Gazeta Codzienna wynosiło w tym okresie prawie 350 tysięcy egzemplarzy, podczas gdy druga w kolejności Gazeta Wyborcza osiągnęła wynik 230 tysięcy egzemplarzy.

Odwołujący podkreślił, że zaoferowany w celu umieszczania ogłoszeń dziennik spełnia pozostałe wymagania Zamawiającego ponieważ poświęcony jest również tematyce gospodarczej, społeczno-politycznej, kulturalnej oraz prawnej. Świadczy o tym sam podział dziennika, gdzie w dziale Polityka przedstawiane są bieżące informacje polityczne i gospodarcze, a w dziale Wydarzenia umieszczane są informacje o charakterze społeczno-politycznym oraz prawnym. W dzienniku publikują także stali komentatorzy odnoszący się w swoich publikacjach do bieżących wydarzeń gospodarczych, prawnych czy społeczno-politycznych. W konkluzji Odwołujący wskazał, iż dziennik Fakt Gazeta Codzienna ma charakter opiniotwórczy. O znaczeniu dziennika dla opinii publicznej świadczą także tzw. rankingi cytowań pochodzące od indeksów cytowań, które są jedną z form bibliografii, polegającej na zbieraniu informacji zarówno na temat artykułów cytujących, jak i powiązanych z nimi artykułów cytowanych. Odwołujący podkreślił, iż jest to jeden ze sposobów oceniania wartości danej pracy naukowej. W rankingu cytowań za 2012 r., przygotowanym przez Instytut Monitorowania Mediów pod nazwą „Najbardziej opiniotwórcze media w 2012 roku” dziennik Fakt Gazeta Codzienna zajął 5 pozycję z wynikiem cytowań 1.126. Podobnie, wyniki cytowań w 2013 r., potwierdzają mocną pozycję dziennika.

Odwołujący podniósł dodatkowo, że dziennik Fakt Gazeta Codzienna jest traktowany przez Instytut Monitorowania Mediów jako źródło rzetelnych informacji dla opinii publicznej. Przytoczył także pismo Ministerstwa Zdrowia z dnia 26 lipca 2013 r., dotyczące innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym także wskazano, iż przedmiotowy dziennik uznany został za istotne źródło informacji dla opinii publicznej. Dla podważenia czynności Zamawiającego podjętych w niniejszym postępowaniu Odwołujący odwołał się do stanowiska wyrażonego w w/w piśmie Ministerstwa Zdrowia, w którym stwierdzono, że posługiwanie się nieostrymi i niejasnymi pojęciami typu „tabloid” nie znajduje żadnych podstaw.

W świetle tych okoliczności Odwołujący zanegował zakwalifikowanie przez Zamawiającego, zaoferowanego przez Odwołującego w celu umieszczania ogłoszeń, dziennika, jako tabloidu, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty, jako niezgodnej z SIWZ. Odwołujący podkreślił przy tym, że Zamawiający w ogóle nie uzasadnił swojego stanowiska,

a takie działanie świadczy o pełnej dowolności sprzecznej z zasadą równego traktowania wykonawców. Zaakceptowanie przyjętego przez Zamawiającego sposobu działania oznaczałoby zgodę na arbitralność pozwalającą na odrzucenie każdej oferty w oparciu o subiektywną i dowolną ocenę Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia powinna być jasna i precyzyjna oraz nie powinna zawierać pojęć wieloznacznych – zwłaszcza w odniesieniu do kryteriów ubiegania się o zamówienie. W ocenie Odwołującego pojęcie tabloid, użyte przez Zamawiającego, nie spełniło tych wymagań. Odwołujący wskazał również, iż przedmiotowe pojęcie nie posiada swej definicji legalnej, jest pojęciem nieostrym i wieloznacznym, a posługiwanie się nim w fazie badania ofert narusza art. 7 Pzp. Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, że nie kwestionował zawartego w SIWZ rozumienia pojęcia „tabloid”. Nie miał w tym interesu prawnego, ani potrzeby podejmowania tego rodzaju działań, gdyż dziennik Fakt Gazeta Codzienna nie jest tabloidem.

W końcowej części odwołania Odwołujący wskazał, że w przypadku uchylecia czynności odrzucenia oferty, Zamawiający dokona ponownej oceny ofert, tym samym oferta Odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą pomimo tego, że oferty innych Wykonawców opiewają na niższe ceny. Oferty tych wykonawców, w toku ponownej oceny, mogą zostać odrzucone albo sami wykonawcy wykluczeni. Odwołujący wywiódł, iż w takim przypadku ma szansę na realizację zamówienia, a zatem posiada interes w złożeniu odwołania. W przeciwnym razie poniesie szkodę wynikającą z braku realizacji zamówienia odpowiadającą różnicy pomiędzy uzyskanym z realizacji zamówienia przychodem, a poniesionymi kosztami.

W toku postępowania Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o odrzucenie odwołania z uwagi na niezgodne z art. 180 ust. 5 Pzp przekazanie odwołania bez załączników, co nie pozwoliło Zamawiającemu na zapoznanie się z pełną treścią odwołania, a w przypadku merytorycznego rozpoznania sprawy o jego oddalenie.

W uzasadnieniu Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli wykaże przesłankę w postaci interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz przesłankę powstania bądź możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W kontekście tych warunków Zamawiający podniósł, że nie naruszył przepisów ustawy Pzp, działając w granicach prawa. Zaznaczył jednocześnie, że w przypadku nieodrzućenia oferty Odwołującego wynik postępowania nie uległby zmianie, a tym samym nie można wykazać, że Odwołujący poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku jakichkolwiek działań Zamawiającego. W konkluzji tej części odwołania Zamawiający podkreślił, że

Odwołujący nie wykazał niezbędnych przesłanek uprawniających go do wniesienia odwołania.

Odnosząc się do zarzutów kwestionujących zasadność decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający zwrócił w szczególności uwagę na grupę docelową i charakter planowanych ogłoszeń oraz fakt, iż przedmiotem oceny ofert nie były kwestie dotyczące nakładu danego dziennika, rankingi cytowań, czy poglądy Instytutu Monitorowania Mediów. Podkreślił także, iż celem postępowania było zapewnienie publikacji ogłoszeń w wydaniach prasy poświęconej tematyce gospodarczej, społeczno-politycznej, kulturalnej, prawnej o zasięgu ogólnopolskim. Dziennik Fakt Gazeta Codzienna posiada nagłówki wskazane przez Odwołującego, jednakże treść artykułów w nich zawarta nie odpowiada tematyce wskazanej w SIWZ. W odniesieniu do zarzutu użycia nieostrego i wieloznacznego pojęcia „tabloid” w treści SIWZ, Zamawiający wskazał, iż określenie wymagań w tym zakresie znajduje swoje odzwierciedlenie w definicji zamieszczonej w słowniku języka polskiego PWN (Warszawa 2007, Wydawnictwo Naukowe PWN), gdzie tabloid został zdefiniowany, jako gazeta codzienna, mająca kolorowe zdjęcia i sensacyjną treść. Jednocześnie Zamawiający nie zgodził się, by podjęta w oparciu o treść SIWZ, ocena w zakresie uznania za tabloid dziennika zaproponowanego w ofercie Odwołującego, cechowała się dowolnością i subiektywizmem, a w konsekwencji, by doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Jak wskazał Zamawiający, Fakt Gazeta Codzienna zawiera kolorowe zdjęcia dużego formatu, często przesycone erotyką, ponadto zawiera treści sensacyjne, populistyczne o dosadnym języku, odwołujące się do emocji, ilustracje zaś przedstawiają szokujące sceny. W konkluzji Zamawiający podtrzymał stanowisko o zasadności odrzucenia oferty Odwołującego, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W toku postępowania przed Izbą strony podtrzymały swoje stanowiska.

Odwołujący dowodził w szczególności, iż dziennik Fakt Gazeta Codzienna spełniał wszystkie wymogi postawione w SIWZ, brak było podstaw do uznania tego dziennika za tabloid, a dokonana w tym zakresie ocena Zamawiającego była arbitralna i pozbawiona podstaw faktycznych. W zakresie interesu w uzyskaniu zamówienia Odwołujący argumentował dodatkowo, że odrzucenie jego oferty skutkuje pozbawieniem możliwości zarobkowania w zakresie podstawowej działalności prowadzonej przez Odwołującego. Zamawiający, jako organ władzy publicznej dysponujący pieniędzmi publicznymi powinien być uzasadnić, dlaczego w tym postępowaniu uznał gazetę Fakt za tabloid, a przykład uznania przez inny organ władzy publicznej, iż przedmiotowa gazeta nie ma charakteru tabloidu, podważa jawność i wiarygodność niniejszego postępowania.

Zamawiający z kolei podniósł w szczególności, iż z uwagi na cel i grupy docelowe planowanych ogłoszeń oraz charakter i profil dziennika Fakt Gazeta Codzienna, miał uzasadnione podstawy do uznania jej za tabloid, a podjęta w tym zakresie ocena nie miała

znamion dowolności i subiektywizmu, ani nie naruszała zasad uczciwej konkurencji. Podkreślił, iż właśnie z uwagi na wydatkowanie pieniędzy publicznych ważne jest osiągnięcie zakładanego w danym postępowaniu celu, czego nie mogło zagwarantować ewentualne umieszczenie planowanych ogłoszeń w dzienniku zaproponowanym przez Odwołującego. Zamawiający zaznaczył, iż nie dyskredytuje gazety Fakt, na potwierdzenie czego wskazał, iż w innych postępowaniach Ministerstwo Środowiska publikowało w niej swoje ogłoszenia, ale cel i grupa docelowa tych postępowań była inna niż postępowania będącego przedmiotem niniejszej sprawy. W tym przypadku cel i grupa docelowa nie pasowały do profilu i charakteru gazety Fakt. Podkreślił dodatkowo, że nie można uznać zarzutów Odwołującego dotyczących sposobu zdefiniowania pojęcia tabloid w treści SIWZ, podnosząc, iż jest to pojęcie definiowane w powszechnie dostępnych słownikach. Wskazał przy tym, iż gazeta Fakt została oceniona, jako tabloid, w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 listopada 2008 r., sygn. akt VI ACa 704/08, a zawarte w uzasadnieniu tego orzeczenia argumenty, w tym stanowisko Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, nie straciły na aktualności.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający – Ministerstwo Środowiska – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w sprawie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Publikacja ogłoszeń prasowych w 2014 r. związanych z wdrażaniem Programu Infrastruktura i Środowisko oraz funduszy norweskich i EOG pochodzących z Islandii, Liechtensteinu oraz Norwegii”*, których szczegółowy opis zawarty został w załączniku nr 1 do SIWZ.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 stycznia 2014 r., pod nr 15273-2014. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamówienie obejmuje: a) dwie publikacje ogłoszeń prasowych na temat wdrażania Programu Infrastruktura i Środowisko dla Ministerstwa Środowiska w 2014 r. (jedno w czerwcu i jedno w grudniu); b) publikację sześciu ogłoszeń prasowych dotyczących naborów wniosków w ramach POLiŚ i funduszy norweskich i EOG pochodzących z Islandii, Liechtensteinu oraz Norwegii (pkt II SIWZ Opis przedmiotu zamówienia).

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ celem realizacji zamówienia jest budowa pozytywnego wizerunku Programu Infrastruktura i Środowisko oraz funduszy Europejskiego Obszaru Gospodarczego i norweskich oraz informowanie społeczeństwa na temat wdrażanych Programów, organizowanych naborów i wniosków (pkt II Opisu przedmiotu zamówienia). Grupą docelową ogłoszeń jest ogół społeczeństwa, w tym w szczególności

przedstawiciele samorządów lokalnych, przedsiębiorcy, jednostki sektora finansów publicznych, organizacje pozarządowe, itd. (pkt IV Opisu przedmiotu zamówienia). Ogłoszenia powinny być publikowane w wydaniach prasy poświęconej tematyce gospodarczej, społeczno-politycznej, kulturalnej, prawnej o zasięgu ogólnopolskim. Zamawiający zastrzegł, że dziennik, w którym zamieszczane będą ogłoszenia nie może mieć charakteru tabloidu – wskazując jednocześnie, że jako tabloid należy rozumieć gazetę wypełnioną treściami sensacyjnymi, tekstami populistycznymi o dosadnym języku, odwołującymi się do emocji, prowokacyjnymi, nierzadko przekraczającymi normy dziennikarskie; szata graficzna oparta przede wszystkim na dużych zdjęciach i małej ilości tekstu; zdjęcia w tabloidach często zawierają szokujące sceny, nierzadko przesyczone erotyką (pkt V ppkt 4 Opisu zamówienia zamówienia).

Jako kryterium oceny ofert Zamawiający przyjął kryterium najniższej ceny wskazując, że maksymalną liczbę punktów (100) otrzyma wykonawca, który zaproponuje najniższą cenę za realizację zamówienia (pkt XI SIWZ Kryteria wyboru oferty).

W postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców. Oferta Odwołującego, z ceną 51.586,20 zł brutto, zajęłaby – w przypadku jej nieodrzczenia – trzecie miejsce, za ofertą wykonawcy INFOR Biznes Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną oferty 32.103,00 zł brutto oraz ofertą spółki AGORA S.A. z siedzibą w Warszawie z ceną oferty 38.476,38 zł brutto (pkt 9 Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego).

W dniu 12 lutego 2014 r. Zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo z dnia 11 lutego 2014 r., nr BDGIII-216/53/5909/14/bj). Przedmiotowym pismem Odwołujący Media Impact Polska Sp. z o.o. został poinformowany o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu stanowiska Zamawiającego zostało wskazane, że wykonawca wskazał w ofercie, że ogłoszenie będzie publikował w gazecie FAKT, która jest popularną gazetą o charakterze tabloidu, w związku z czym oferta Wykonawcy nie odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i podlega odrzuceniu.

Przedmiotowy stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dokumentacji dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treści SIWZ, treści oferty Odwołującego oraz oświadczeń stron złożonych w trakcie rozprawy. Stan faktyczny sprawy pozostawał w istocie poza sporem stron, którego ciężar koncentrował się przede wszystkim na odmiennej ocenie i stanowiskach w zakresie uznania za tabloid dziennika zaoferowanego przez Odwołującego w celu umieszczania ogłoszeń, a w konsekwencji w zakresie zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, jako niezgodnej ze SIWZ.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Uzasadnienie przyjętego przez Izbę stanowiska poprzedzić należy jednak wyjaśnieniem motywów nieuznania zasadności zarzutów Zamawiającego, co do zaistnienia przesłanki z art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp, skutkującej koniecznością odrzucenia odwołania. Izba nie znalazła bowiem podstaw do uwzględnienia wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania, pomimo iż Odwołujący w trakcie postępowania nie zdołał podważyć zarzutu dotyczącego braku przekazania wraz z odwołaniem jego załączników. Załączone bowiem do odwołania potwierdzenie przekazania jego kopii Zamawiającemu potwierdza jedynie przekazanie pięciu stron dokumentu, co odpowiada objętości samego odwołania, bez załączników wymienionych w jego treści, w szczególności dowodów powoływanych przez Odwołującego celem wykazania zasadności swoich twierdzeń.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 zdanie pierwsze Pzp obowiązkiem odwołującego jest przesłanie kopii odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. W myśl art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zgodnie zaś z § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280 ze zm.) odwołanie powinno zawierać m.in. wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Wniesione w niniejszej sprawie odwołanie czyni zadość wymogom przewidzianym w w/w przepisach. Przekazana Zamawiającemu treść odwołania, pomimo braku przesłania kopii dowodów przywołanych w treści odwołania, a więc załączników o charakterze merytorycznym, nie uniemożliwiła przy tym Zamawiającemu zajęcia stanowisko wobec wszystkich podnoszonych zarzutów, okoliczności i argumentów Odwołującego. Należy wskazać, iż załączone do odwołania dowody w postaci rankingów cytowań, czy przytoczone przez Odwołującego pismo Ministerstwa Zdrowia, zostały szczegółowo przedstawione i opisane w odwołaniu, zarówno, co do ich treści, jak i okoliczności, które miały potwierdzać. Nie statuowały one w konsekwencji treści odwołania w taki sposób, by brak ich przesłania skutkowało po stronie Zamawiającego niemożnością pełnego zapoznania i ustosunkowania się do twierdzeń, argumentów i zarzutów Odwołującego. W odniesieniu do rankingów cytowań, w dobie powszechnej, legalnej, dostępności elektronicznych wersji tego rodzaju

dokumentów, Zamawiający dysponował przy tym, zdaniem Izby, możliwością samodzielnego zapoznania się z ich treścią.

Należy w tym miejscu przytoczyć wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt XIX Ga 179/13, w którego tezie drugiej, wyrażano pogląd, iż *„odrzucenie odwołania, bez rozważenia rzeczywistego wpływu niedołączonych zamawiającemu przy kopii odwołania dowodów na treść odwołania jest niczym nieuzasadnionym formalizmem, w szczególności nie znajdującym poparcia w przepisach regulujących postępowanie w sprawie zamówień publicznych”*.

Konkludując, Izba nie uznała ostatecznie, by podnoszone przez Zamawiającego uchybienie Odwołującego wypełniło dyspozycję art. 189 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 180 ust. 5 Pzp, a tym samym odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu. Odnosząc się do podniesionych zarzutów, Izba nie podzieliła jednak stanowiska prezentowanego przez Odwołującego. W pełni zasadny okazał się natomiast – brany także pod uwagę z urzędu – zarzut Zamawiającego, iż Odwołujący nie wykazał niezbędnych przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem *„środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale (przyp. Dział VI) 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”*. Konieczność istnienia interesu w uzyskaniu danego zamówienia musi być, w świetle art. 179 ust. 1 Pzp, kwalifikowana poniesieniem bądź możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Sama przesłanka interesu nie jest zatem wystarczająca (tak przykładowo: wyrok KIO z dnia 27 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1138/13). Dodatkowo, wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Obowiązkiem odwołującego jest więc wykazanie, że zarzucane zamawiającemu uchybienia skutkują w normalnym biegu zdarzeń poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody przez odwołującego. 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 (por. wyrok KIO z dnia 9 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1881/10; wyrok KIO z dnia 22 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2396/12; wyrok KIO z dnia 2 października 2012 r., sygn. akt KIO 1989/12; wyrok KIO z dnia 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 829/12, wyrok KIO z dnia 26 marca 2012 r., sygn. akt KIO 495/12).

Powyższe rozumienie normalnego związku przyczynowo-skutkowego znajduje oparcie także w stanowisku Sądu Najwyższego, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn. akt V CSK 18/08) wskazał m.in., że 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. W piśmiennictwie wskazuje się, że następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. W sytuacji, gdy szkoda wynikać ma z pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia publicznego, wniesienie odwołania powinno w zasadzie zmierzać do stworzenia dla wykonawcy ponownie, realnej, szansy na wygranę przetargu, której został pozbawiony wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wskazane zostało w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2012 r., sygn. akt KIO 445/12, *„(...) oferta wnoszącego odwołanie - w przypadku uwzględnienia zarzutów, powinna być uznana za najkorzystniejszą i dane postępowanie powinno zakończyć się zawarciem umowy z odwołującym”*. Podobny pogląd wyrażony został w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 października 2012 r., sygn. akt KIO 1989/12, gdzie podkreślone zostało, iż *„(...) należy postulować powiązanie szkody wynikającej ze wskazywanego, w ramach składanego środka ochrony prawnej, naruszenia przepisów, z możliwością uzyskania bądź nieuzyskaniem danego zamówienia, do którego wprost referuje przesłanka interesu”*.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy należy wskazać, że powoływane w odwołaniu uchybienia Zamawiającego dotyczą oferty, która w przypadku jej nieodrzućenia, zostałaby sklasyfikowana na miejscu 3 w rankingu ofert. W konsekwencji nawet uznanie zarzutów odwołania nie wpłynęłoby na możliwość uzyskania przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia. Należy w tym miejscu podkreślić, że Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił swoich twierdzeń, w których sygnalizował, iż w przypadku ponownego badania ofert, oferty najwyżej sklasyfikowane mogłyby zostać odrzućone, bądź wykonawcy wykluczeni, a jedynie przy zaistnieniu tego rodzaju okoliczności uprawnione byłoby dowodzenie normalnego związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy działaniem Zamawiającego a powstaniem lub możliwością powstania szkody po stronie Odwołującego. Odwołujący poprzestał w tej materii jedynie na ogólnych stwierdzeniach, nie przedstawiając żadnego rzeczowego uzasadnienia dla stawianych przez siebie hipotez, a to na nim – jako stronie wywodzącej z tych twierdzeń korzystne dla siebie skutki prawne – spoczywał w tym zakresie ciężar dowodowy. Wskazanie przesłanek wyrażonych w art. 179 ust. 1 Pzp, uzasadniających legitymację czynną spoczywa bowiem na podmiocie, który ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w ustawie, chce w konkretnym postępowaniu skorzystać. Oznacza to konieczność wykazania wpływu podnoszonych zarzutów na sytuację wykonawcy, wyrażającego się zaistnieniem po stronie odwołującego uszczerbku stanowiącego szkodę, w następstwie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób pozwalający na uchwycenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem po

stronie wykonawcy. W niniejszej sprawie Odwołujący nie sprostął temu obowiązkowi, do czego był obowiązany, tym bardziej, że Zamawiający w całości zakwestionował możliwość zaistnienia tego rodzaju wariantów, podkreślając że rozważania Odwołującego mają charakter jedynie hipotetyczny, gdyż wykonawcy, których oferty zostały sklasyfikowane najwyżej w rankingu ofert spełniają warunki udziału w postępowaniu i nie istnieją podstawy do odrzucenia ich ofert.

Brak jest przede wszystkim podstaw do stwierdzenia, z czego Odwołujący wywiódł, iż przy ponownej ocenie ofert dwie najwyżej sklasyfikowane oferty mogłyby zostać odrzucone bądź wykonawcy wykluczeni. Podawanych przez Odwołującego okoliczności nie można uznać za zdarzenia typowe, następujące w zwyczajowym biegu rzeczy. W konsekwencji dla przyjęcia, iż Odwołujący rzeczywiście poniósł lub zagrożony jest poniesieniem szkody należałoby, w niniejszej sprawie, założyć zaistnienie okoliczności szczególnych, a zarazem jedynie hipotetycznych. Przyjęcie w tym zakresie argumentacji Odwołującego prowadziłoby do uznania, że dla spełnienia przesłanki szkody z art. 179 ust. 1 Pzp wystarczające jest zasygnalizowanie szkody, której powstanie bądź możliwość poniesienia wymaga zaistnienia w dalszym toku postępowania szeregu zdarzeń szczególnych, przy tym zdarzeń przyszłych i niepewnych. Tego rodzaju stanowisko pozostawałoby natomiast, zdaniem Izby, w opozycji do sposobu rozumienia pojęcia normalnego związku przyczynowo-skutkowego, czyniąc w konsekwencji iluzorycznym warunek wykazania przesłanki szkody, zgodnie z wymogami art. 179 ust. 1 Pzp.

Reasumując, w niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał ani poniesienia rzeczywistej szkody (*damnum emergens*) ani utraty spodziewanych korzyści (*lucrum cessans*). Odwołujący, powołując się na możliwość ewentualnego zaistnienia w dalszym toku postępowania zdarzeń w postaci odrzucenia bądź wykluczenia wykonawców, starał się, co najwyżej, wykazać, możliwość poniesienia szkody ewentualnej, która na gruncie prawa cywilnego jest prawnie obojętna. Szkada ewentualna oznacza, iż prawdopodobieństwo jej poniesienia jest niewielkie, raczej hipotetyczne i niemożliwe do ustalenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2012 r., sygn. akt II CSK 429/11). Warto w tym miejscu przytoczyć pogląd wyrażony w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15 listopada 2011 r., sygn. akt I ACa 689/11, oraz w przytoczonym w jego uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2002 r., sygn. akt I CKN 132/01 (nie publ.), zgodnie z którym „*Od szkody w postaci lucrum cessans należy odróżnić pojęcie szkody ewentualnej, przez którą rozumie się "utratę szansy uzyskania pewnej korzyści majątkowej". Różnica wyraża się w tym, że w wypadku lucrum cessans hipoteza utraty korzyści graniczy z pewnością, a w wypadku szkody ewentualnej prawdopodobieństwo utraty korzyści jest zdecydowanie mniejsze. Przyjmuje się, że szkoda ewentualna nie podlega naprawieniu*”.

W okolicznościach niniejszej sprawy przytoczenia wymaga również teza trzecia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1881/10, w której wskazano, iż „(...) szkoda (możliwość jej poniesienia bądź jej poniesienie) dotyczy sytuacji, gdy skutek naruszenia przepisów ustawy, Odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej. Powoływanie się przez Odwołującego na okoliczność poniesienia szkody ewentualnej w sytuacji, gdy oferta Odwołującego mogłaby być sklasyfikowana na trzeciej pozycji jest bezzasadna”.

Mając na uwadze, iż przepis art. 179 ust. 1 Pzp zawiera samoistne materialnoprawne przesłanki warunkujące skuteczność środka ochrony prawnej, brak ich ziszczenia skutkuje koniecznością oddalenia odwołania, bez rozpatrywania zarzutów, niezależnie od ich treści merytorycznej i ich zasadności. Jedynie na marginesie rozważań można wskazać, iż ocena zasadności odrzucenia oferty Odwołującego, w tym ocena profilu i charakteru dziennika zaproponowanego przez Odwołującego do publikacji ogłoszeń, musiałaby zostać przeprowadzona przede wszystkim w kontekście celu wyznaczonego dla przedmiotowego zamówienia, jak również grupy docelowej planowanych ogłoszeń, w ramach której Zamawiający wskazał w szczególności na przedstawicieli samorządów lokalnych, przedsiębiorców, jednostki sektora finansów publicznych, czy organizacje pozarządowe. Nie ulega także wątpliwości Izby, iż ze względu na cel i grupy docelowe Zamawiający dysponował prawem zastrzeżenia, że ogłoszenia nie mogą być publikowane w dziennikach, o charakterze tabloidu, jak również dokonania oceny ofert pod kątem zachowania przedmiotowego warunku. Jednocześnie Zamawiający, definiując pojęcie tabloidu na potrzeby niniejszego postępowania, oparł się na powszechnie dostępnych definicjach. Jeżeli, co Odwołujący podnosił na etapie odwołania, przedmiotowa definicja cechowała się pojęciami nieostrymi i wieloznacznymi, to mógł on skorzystać z instytucji zapytania, o której mowa w art. 38 ust. 1 Pzp i w ten sposób uzyskać wyjaśnienia treści SIWZ. Brak podjęcia tego rodzaju działań oraz zachowanie należytej staranności po stronie Odwołującego, będącego przedsiębiorcą, musiałyby zostać także uwzględnione w przypadku rozstrzygnięcia zarzutów odwołania. Przedmiotowe kwestie, wobec braku spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, nie mogły mieć jednak wpływu na treść podjętego ostatecznie rozstrzygnięcia.

Mając wszystko powyższe na względzie, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

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

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk