

Sygn. akt KIO 2412/10

WYROK
z dnia 17 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

**Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 4 listopada 2010 r. przez **Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”, ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna,**

przy udziale wykonawcy **T4B Spółka z o.o. al. Waszyngtona 146, 04-076 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”, ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań** i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”, ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań** tytułem wpisu od odwołania

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”, ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań** na rzecz **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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) 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, sektorowego, w trybie przetargu nieograniczonego, na „Budowę systemu monitorowania jakości energii elektrycznej - instalacja infrastruktury obiektowej - realizacja prac zaplanowanych na lata 2010 - 2011”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2010/S 142 - 219132 w dniu 24 lipca 2010 r.

Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu wniosła odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu 25 października 2010 r. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp, przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 7 ust. 3 Pzp, przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z ustawą Pzp,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T4B Sp. z o.o., który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 4) art. 82 ust. 3 oraz art. 89 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy T4B Sp. z o.o. i dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty, która nie odpowiada treści siwz,
- 5) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, przez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo iż w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniosł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, iż w związku z ustalonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunkiem udziału w postępowaniu (Część II siwz - Załącznik nr 1 - Opis przedmiotu zamówienia w pkt 2 „Wymagania i parametry obowiązkowe” w pkt 2.13 „Kalibracja”) dotyczącym przedstawienia certyfikatu wydanego przez niezależne od producenta, akredytowane laboratorium w Unii Europejskiej dla typu dostarczanych urządzeń pomiarowych, potwierdzający klasę A dla wszystkich parametrów, zgodnie z normą PN-EN 61000-4-30 mimo, iż posiada produkty spełniające wszystkie techniczne wymagania i spełniał pozostałe warunki, nie złożył oferty, gdyż nie posiadał wymaganego certyfikatu. Zauważył, iż złożenie oferty naraziłoby odwołującego na utratę wadium wobec braku możliwości złożenia dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału

w postępowaniu, zgodnie z którymi, referencje musiały odnosić się do oferowanego typu urządzeń, dla których został wydany wymagany certyfikat.

Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę T4B Spółka z o.o., wykluczając jednocześnie pozostałych trzech wykonawców, z uwagi na niespełnianie wymagań dotyczących certyfikatu. Tymczasem, zdaniem odwołującego, oferta wybrana również nie spełnia ww. wymagania co do złożenia certyfikatu wydanego przez niezależne od producenta akredytowane laboratorium w Unii Europejskiej dla typu dostarczanych urządzeń pomiarowych potwierdzającego klasę A dla wszystkich parametrów, zgodnie z normą PN-EN 61000-4-30. W związku z tym zamawiający winien był odrzucić również tę ofertę, a następnie - wobec niezłożenia w postępowaniu żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu - unieważnić postępowanie.

Odwołujący stwierdził, iż posiada legitymację do wniesienia odwołania, jako „inny podmiot”. Odwołujący bowiem, mimo iż nie złożył oferty w przedmiotowym postępowaniu, miał interes w uzyskaniu zamówienia, a w ujęciu „abstrakcyjnym” nadal go ma. Odwołujący wyjaśnił, iż posiada produkt spełniający wszystkie techniczne wymagania, a nadto spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jedyną przyczyną, dla której nie złożył oferty był postawiony w specyfikacji wymóg posiadania certyfikatu. Wskazał, iż przepis art. 179 ust. 1 Pzp przyznaje prawo do wniesienia odwołania nie tylko podmiotom, które nadal mają interes w uzyskaniu zamówienia, ale także podmiotom, które miały taki interes, choćby go następnie utraciły.

Zdaniem odwołującego, dokonana przez UZP wykładnia znowelizowanego przepisu art. 179 ust. 1 Pzp pozostaje w sprzeczności z literalnym jego brzmieniem, a także z celem nowelizacji, zmierzającej do dostosowania wspomnianej regulacji do wymogów unijnych. Taki sposób interpretacji omawianego przepisu czyni go częściowo martwym, albowiem w istocie ogranicza możliwość do skorzystania ze środków ochrony prawnej wyłącznie do podmiotów, które wykażą, iż nadal posiadają interes w uzyskaniu zamówienia, i to interes „realny”, a nie „hipotetyczny”. Ograniczanie, według stanowiska UZP, legitymacji do wniesienia odwołania do podmiotów, które posiadają interes w uzyskaniu zamówienia, przy jednoczesnym wymogu, aby nie był to interes hipotetyczny (co do możliwości uczestniczenia w kolejnym postępowaniu, po unieważnieniu poprzedniego), powoduje, iż praktycznie uniemożliwia się wniesienie odwołania podmiotom, które miały interes w uzyskaniu danego zamówienia, ale już go w sensie realnym w danym postępowaniu nie mają, choć nadal mają go w sensie abstrakcyjnym.

Wskazał, że omawiany przepis posługuje się określeniem „dane zamówienie”, które nie jest tożsame z „danym postępowaniem”, a nawet gdyby pojęcia te utożsamiać - przyznaje prawo do wniesienia odwołania zarówno podmiotom, które mają ten interes, jak i podmiotom, które go miały.

Wyjaśnił, iż brak było podstaw do złożenia odwołania na wcześniejszym etapie postępowania, tj. na postanowienia siwz, gdyż nie można było wykluczyć, że istnieje podmiot, który posiada wymagany certyfikat. Po rozstrzygnięciu przetargu okazało się jednak, że nie zgłosił się żaden podmiot, który spełnia ww. warunek.

Odwołujący wskazał, iż spełnia również drugą przesłankę statuującą uprawnienie do wniesienia odwołania, albowiem w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp, może ponieść szkodę, wyrażającą się w szczególności w utraceniu możliwości uzyskania przychodów z zamówienia, utraceniu możliwości uzyskania referencji, a przez to uzyskanie gorszej pozycji w postępowaniach w odniesieniu do wykonawcy bezprawnie uzyskującego zamówienie.

Zdaniem odwołującego, firma T4B Sp. z o.o. przedstawiła na dowód spełnienia wskazanego warunku dokument, który nie jest certyfikatem potwierdzającym spełnienie wymagań, wydanym przez akredytowane laboratorium, pomimo iż sugeruje to jego treść wywołując mylne wrażenie, że wszystkie badania zostały przeprowadzone przez Szwedzki Instytut Testowania i Badań (SP) w Boras posiadający rzekomo stosowną akredytację. Analiza ww. dokumentu nie potwierdza jednak, iż został on wydany przez podmiot akredytowany. Wskazano w nim, że tylko część badań była wykonana przez Szwedzki Instytut Testowania i Badań (SP). Pozostałe badania zostały wykonane przez pracowników producenta wspólnie z pracownikiem Uniwersytetu w Boras, co nie pozwala na uznanie, iż zostały wykonane przez niezależny i akredytowany podmiot. Znajdująca się w ww. dokumencie tabela nie potwierdza także przeprowadzenia badań w zakresie pozycji 5.10 i 6.1. Z informacji, które można uzyskać na stronach internetowych Szwedzkiego Instytutu Testowania i Badań (SP) oraz z korespondencji z jego pracownikami, wynika, że Instytut nie posiada akredytacji w zakresie certyfikacji urządzeń w zakresie ich zgodności z normą PN-EN 61000-4-30.

Wykonawca T4B Sp. z o.o. nie złożył także wymaganego w siwz potwierdzenia, że w wymaganym okresie wykonał co najmniej 3 dostawy wraz z instalacją oprogramowania dla co najmniej 20 urządzeń pomiarowych oferowanego typu. Znajdująca się w ofercie T4B Sp. z o.o. referencja z Mo Industripark AS (Norwegia) nie potwierdza dostarczenia oprogramowania w okresie 3 ostatnich lat przez firmę Unipower. Potwierdzone jest zatem wykonanie dwóch, a nie trzech dostaw. Ponadto, żadna ze złożonych referencji nie potwierdza, iż wskazane dostawy i prace zostały wykonane należycie. Dodatkowo, produkty oferowane przez firmę T4B Sp. z o.o. oferowane są po zawyżonych cenach w relacji do cen podobnych urządzeń, innych producentów, oferowanych w innych postępowaniach na dostawę analogicznych urządzeń. Zawyżenie cen naraża zamawiającego na stratę w wysokości ponad 1 000 000,00 zł (netto).

Konsorcjum; Zakład Pomiarowo-Badawczy Energetyki „Energopomiar-Elektryka” Sp. z o.o., Astat Sp. z o.o. w Gliwicach zgłosiło w dniu 8 listopada 2010 r. (faksem) przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, wnosząc o jego uwzględnienie. W dniu 12 listopada 2010 r. przystąpienie wpłynęło do Prezesa KIO w formie pisemnej. Przystępujący wskazał, iż posiada interes w przystąpieniu, gdyż złożył wymagany certyfikat, a ponadto wykazał wymagane doświadczenie, jednak w sposób bezprawny został wykluczony z postępowania. Zdaniem przystępującego, ma on ważny interes w unieważnieniu decyzji o wyborze najkorzystniejszej wykonawcy T4B Sp. z o.o.

T4B Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosiła w dniu 8 listopada 2010 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał, iż posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż oferta przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza. W interesie wykonawcy jest utrzymanie zatem w mocy decyzji zamawiającego z dnia 25 października 2010 r. tym bardziej, iż czynność ta nie jest obciążona żadną wadą. Przystępujący podniósł jednocześnie brak posiadania przez odwołującego na obecnym etapie postępowania legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej, a z ostrożności procesowej, iż podnoszone zarzuty są bezzasadne. Przystępujący wskazał, iż odwołujący nie posiada statusu wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu w rozumieniu przepisu art. 2 pkt. 11 Pzp,. Nie jest też innym podmiotem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący utracił legitymację do skorzystania z art. 179 ust. 1 Pzp w momencie, w którym upłynął termin składania ofert. Nie złożenie oferty pozbawiło go możliwości korzystania z pełni praw, jakie przysługują wykonawcom, którzy składają oferty. Wskazał, że interpretacja prezentowana przez odwołującego prowadzi do obejścia przepisów ustawy Pzp o terminach na wnoszenie środków ochrony prawnej na postanowienia siwz. Odwołujący nie wykazał także spełnienia przesłanki poniesienia szkody, a tym samym nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek wynikających z art. 179 ust. 1 Pzp.

Przystępujący wyjaśnił, iż na wniosek zamawiającego z dnia 2 listopada 2010 r. złożył w dniu 5 listopada 2010 r. stosowne wyjaśnienia, odpowiadając na zarzuty odwołującego. Stwierdził, iż argumentacja przedstawiona w ww. wyjaśnieniach zachowuje swoją aktualność.

Zamawiający w dniu 10 listopada 2010 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego odrzucenie. Stwierdził, iż odwołujący nie jest podmiotem legitymowanym do wniesienia odwołania. Nie jest wykonawcą, gdyż nie złożył oferty. Nie jest też innym podmiotem, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący mógł wnieść odwołanie wobec postanowień specyfikacji na stosownym etapie. Obecnie nie ma interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Odwołujący nie może również wykazać, że naruszenie wskazanych przepisów w postępowaniu spowodowało lub spowoduje powstanie szkody u odwołującego.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, iż T4B sp. z o.o. złożyła certyfikat Świadectwo zgodności UP-2010 z normą 61000-4-30 dla klasy A, w którym potwierdzono, że wszystkie testy zostały wykonane w akredytowanych laboratoriach należących do Szwedzkiego Instytutu Testowania i Badań. Zamawiający uzyskał także dodatkowe potwierdzenie – wykonawca T4B sp. z o.o. przedstawił certyfikat akredytacji z dnia 1 grudnia 2008 r. dla SP, jako akredytowanego laboratorium, zgodnie ze standardami międzynarodowymi ISO/IEC 17025:2005 oraz umowę pomiędzy SP i podmiotem współpracującym – Uniwersytetem w Boras.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że przystępujący Konsorcjum: Zakład Pomiarowo-Badawczy Energetyki „Energopomiar-Elektryka” Sp. z o.o., Astat Sp. z o.o. nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego. Zgodnie z art. 185 ust. 3 Pzp, przesłanką skuteczności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego jest m.in. wykazanie interesu w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron postępowania (strony, do której przystępuje). Wykonawca, który nie wykaże interesu, o którym mowa powyżej, nie staje się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Przystępujący wskazywał, iż jego interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego polega na tym, że zgadza się z zarzutami odwołującego, oczekuje rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego i zmiany rozstrzygnięcia przetargu oraz wybór kolejnego w rankingu wykonawcy w ramach tego lub innego przetargu. W ocenie Izby, powyższe twierdzenia nie wyczerpują przesłanki interesu w zgłoszeniu przystąpienia. Wykonawca nie wykazał, iż posiada obiektywny interes w uwzględnieniu odwołania. Uwzględnienie odwołania nie może wpłynąć w jakikolwiek sposób na sytuację przystępującego w przedmiotowym postępowaniu, gdyż wykonawca został wykluczony z postępowania oraz nie wniósł odwołania wobec ww. czynności zamawiającego. Zarzuty zawarte w odwołaniu nie mają żadnego związku z pozycją przystępującego w przedmiotowym postępowaniu. Dodatkowo tylko Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało zgłoszone po upływie terminu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 Pzp. Przystąpienie w formie pisemnej wpłynęło do Prezesa KIO w dniu 12 listopada 2010 r., podczas gdy termin na

dokonanie skutecznego przystąpienia upłynął w dniu 8 listopada 2010 r. Do upływu terminu wpłynęło przystąpienie w formie faksu, które stosownie do brzmienia art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba dopuściła T4B Sp. z o.o. w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba uznała, że wykonawca wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego, co skutkowałoby utrzymaniem wyboru oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej.

Izba oddaliła odwołanie uznając, że odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Posiadanie legitymacji czynnej przez odwołującego podlega badaniu przez KIO w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Stwierdzenie braku legitymacji do wniesienia środków ochrony prawnej prowadzi do oddalenia odwołania.

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) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, (2) poniósł lub może ponieść szkodę, (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 ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z brzmieniem art. 2 pkt. 11 Pzp, przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Stosownie zatem do powyższego, należy uznać, iż odwołujący nie posiada statusu wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący nie ubiegał się o zamówienie, nie złożył oferty w postępowaniu (ani nie zawarł umowy w sprawie zamówienia), co stanowczo sam potwierdził zarówno w odwołaniu jak i w toku rozprawy. Nie można się zgodzić z twierdzeniem odwołującego, iż brak było podstaw do składania odwołania na wcześniejszym etapie postępowania, tj. wobec postanowień siwz. Odwołujący, wobec uznania, że nie jest w stanie sprostać wymaganiom specyfikacji, pomimo, że jest w stanie wykonać w sposób należyty dane zamówienie, mógł i powinien wnosić do zamawiającego o zmianę wymagań lub złożyć odwołanie. Odwołujący nie podjął takiej próby, co sam przyznał w odwołaniu, a wobec tego dobrowolnie zrezygnował z ubiegania się o zamówienie, czego dobitnym wyrazem było nie złożenie oferty. W ocenie

Izby, odwołujący na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia miał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, który utracił w wyniku niezłożenia oferty.

Wobec uznania, iż odwołujący nie posiada statusu „wykonawcy”, jako podmiot, który nie mieści się w definicji wykonawcy, o której mowa w art. 2 pkt 11 Pzp powinien być zakwalifikowany jako „inny podmiot”, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. Stosownie do brzmienia tego przepisu, „inny podmiot” musi także spełniać wszystkie przesłanki, o których mowa w tym przepisie.

Pierwsza z ww. przesłanek wskazująca, że legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej służy tylko takiemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, nie może zostać spełniona przez wykazanie posiadania interesu, rozumianego jako zainteresowanie w rozstrzygnięciu, które nie może być poparte normą prawa materialnego. Odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia wniesionego środka ochrony prawnej.

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. Podmiot wnoszący odwołanie, nie może powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego przewidywanego w przyszłości zamówienia. Zgodnie z definicją zamówienia publicznego zawartą w art. 2 pkt 13 Pzp, przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Podkreślić zatem należy, że zamówienie publiczne (umowa) posiada określone cechy (w szczególności elementy istotne), które są niepowtarzalne, zostały określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz są ściśle związane z prowadzonym postępowaniem o udzielenie danego zamówienia. Dlatego zamówienia nie można identyfikować wyłącznie przez tożsamość przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, że każde zamówienie jest realizowane w innych warunkach rynkowych, nawet w niewielkim odstępie czasowym i nosi indywidualne cechy wynikające z danej sytuacji i aktualnych potrzeb zamawiającego. Nie można wykluczyć także sytuacji, iż w przypadku unieważnienia danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, kolejne postępowanie w sprawie zamówienia na ten sam przedmiot zamówienia nie zostanie w ogóle wszczęte.

Art. 179 ust. 1 Pzp wymaga także, aby łącznie z interesem w uzyskaniu danego zamówienia odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę. Szkada może być rozumiana zarówno jako strata (szkoda majątkowa) albo krzywda (szkoda niemajątkowa). Zauważyć należy, iż utrata możliwości uzyskania zamówienia ma głównie charakter ekonomiczny, a zatem szkoda zasadniczo przyjmuje charakter szkody majątkowej. Ponadto,

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.

Wskazać, należy, że konsekwencją braku złożenia oferty przez odwołującego, w ustalonych w sprawie okolicznościach, jest brak interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Tym samym odwołujący nie ma możliwości skutecznego podważania czynności zamawiającego, jakie zostały podjęte w toku postępowania na etapie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Brak jest podstawy do uznania, iż w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w odwołaniu, odwołujący może mieć jakąkolwiek szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W tej sytuacji kwestionowanie w szczególności decyzji wyboru najkorzystniejszej oferty, należy uznać za działanie nieuprawnione, niemające uzasadnienia i oparcia w przepisach ustawy Pzp.

Izba uznała, że odwołujący nie wykazał także, iż wypełnia łącznie dalsze przesłanki, konieczne dla uzyskania legitymacji do wniesienia odwołania, tj. faktu poniesienia szkody lub też możliwości jej poniesienia wraz z okolicznością, iż szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu. Wobec nie złożenia oferty odwołujący nie ma możliwości wykazania szkody, która nastąpiła lub może nastąpić na skutek naruszenia przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przepisów ustawy Pzp. Szkoda, na którą powołuje się odwołujący, w postaci utraconych zysków, wobec nieuzyskania zamówienia oraz braku możliwości uzyskania referencji z ewentualnego wykonania zamówienia, co stawia odwołującego w gorszej pozycji w stosunku do wykonawcy T4B Sp. z o.o., jest wyłącznie konsekwencją samodzielnej decyzji odwołującego w przedmiocie nie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie oraz braku udziału w postępowaniu przez nie złożenie oferty. Izba uznała, iż nie zachodzi jakikolwiek związek przyczynowy pomiędzy naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu, a nieuzyskaniem przez odwołującego przedmiotowego zamówienia, które byłyby tego normalnym następstwem.

Ponieważ odwołujący nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek, wynikających z art. 179 ust. 1 Pzp, uzasadnione i konieczne jest oddalenie odwołania. W oparciu o stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do jego wyniku oraz zgodnie z § 3 ust. 1 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....