

sygn. akt: KIO 1850/10

**WYROK**  
**z dnia 10 września 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Paweł Trojan</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Patrycja Kaczmarska</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 26.08.2010 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane REMETKOR-BIS Maria Sergiel, Rafał Sergiel Spółka jawna, ul. Lenartowicza 188, 41-219 Sosnowiec** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Inżynierii Miejskiej Spółka o.o., ul. Kolejowa 4, 43-190 Mikołów** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ramach przedsięwzięcia: „Zapewnienie prawidłowej gospodarki wodno - ściekowej miasta Mikołów” w zakresie obejmującym budowę kanalizacji sanitarnej w zlewni oczyszczalni Centrum Miasta Mikołów w rejonie ul. Skalnej, Różanej, Kwiatowej, Reta - Śmiłowicka, Kuźnickiej oraz kanalizacji deszczowej dla wyżej wymienionego terenu oraz budowy sieci wodociągowej w ulicy Zielonej wraz z odtworzeniem nawierzchni i uzyskaniem decyzji pozwolenia na użytkowanie”

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie.**
- kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane REMETKOR-BIS Maria Sergiel, Rafał Sergiel Spółka jawna, ul. Lenartowicza 188, 41-219 Sosnowiec** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20 000 zł

00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane REMETKOR-BIS Maria Sergiel, Rafał Sergiel Spółka jawna, ul. Lenartowicza 188, 41-219 Sosnowiec;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 474 zł 00 gr. (słownie czterysta siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane REMETKOR-BIS Maria Sergiel, Rafała Sergiel Spółka jawna, ul. Lenartowicza 188, 41-219 Sosnowiec** na rzecz **Zakład Inżynierii Miejskiej Spółka z o.o., ul. Kolejowa 4, 43-190 Mikołów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu oraz opłat skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

### **do wyroku z dnia 10 sierpnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1850/10**

Zamawiający - Zakład Inżynierii Miejskiej Spółka o.o., ul. Kolejowa 4, 43-190 Mikołów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ramach przedsięwzięcia: „Zapewnienie prawidłowej gospodarki wodno - ściekowej miasta Mikołów” w zakresie obejmującym budowę kanalizacji sanitarnej w zlewni oczyszczalni Centrum Miasta Mikołów w rejonie ul. Skalnej, Różanej, Kwiatowej, Reta-Śmiłowicka, Kuźnickiej oraz kanalizacji deszczowej dla wyżej wymienionego terenu oraz budowy sieci wodociągowej w ulicy Zielonej wraz z odtworzeniem nawierzchni i uzyskaniem decyzji pozwolenia na użytkowanie. Nr ref. PN-30/RB/2010/JRP”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 02.07.2010 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Ogłoszenie zostało opublikowane w suplementie do Dz. U. UE z dnia 07.07.2010 r. Nr ogłoszenia 2010/S 129-197981.

W dniu **19.08.2010 r.** w ocenie Odwołującego upłynął termin na udzielenie przez Zamawiającego wyjaśnień treści SIWZ i wobec powyższego Odwołujący ten termin traktuje jako początek biegu terminu na wniesienie odwołania.

W dniu **25.08.2010 r.** o godzinie 13.00 w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upłynął termin składania ofert.

W dniu **26.08.2010 r.** wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane REMETKOR-BIS Maria Sergiel, Rafał Sergiel Spółka jawna, ul. Lenartowicza 188, 41-219 Sosnowiec wniósł do Prezesa KIO odwołanie zarzucając Zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy Pzp zaniechanie czynności polegające na tym, że wbrew treści art. 38 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający nie udzielił wyjaśnień treści istotnych warunków zamówienia w odpowiedzi na wniosek Odwołującego złożony w dniu 02.08.2010 r.

Odwołujący wniósł o:

- stwierdzenie, że zaniechanie Zamawiającego, polegające na nie udzieleniu na wniosek

Odwołującego wyjaśnień istotnych warunków zamówienia, naruszyło przepisy ustawy Pzp,

- zobowiązanie Zamawiającego do wykonania zaniechanej czynności udzielenia wyjaśnień istotnych warunków zamówienia Odwołującemu,

- zobowiązanie Zamawiającego do powtórzenia czynności wyboru oferty.

W uzasadnieniu odwołania wskazał, że Zamawiający w dniu 07.07.2010 r. ogłosił przetarg nieograniczony na udzielenie zamówienie publicznego na budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ramach przedsięwzięcia „Zapewnienie prawidłowej gospodarki wodno-ściekowej miasta Mikołów” w zakresie obejmującym budowę kanalizacji sanitarnej w zlewni oczyszczalni Centrum Miasta Mikołów w rejonie ul. Skalnej, Różanej, Kwiatowej, Reta - Smiłowicka, Kuźnickiej oraz kanalizacji deszczowej dla wyżej wymienionego terenu oraz budowy sieci wodociągowej w ulicy Zielonej wraz z odtworzeniem nawierzchni i uzyskaniem decyzji pozwolenia na użytkowanie w zakresie: Zadanie A.8.21 rejon ulicy Kuźnickiej - budowa kanalizacji sanitarnej (PN-30/RB/2010/JRP).

W związku z pojawiającymi się wątpliwościami co do SIWZ Odwołujący w dniu 02.08.2010 r. wystąpił, w oparciu wnioskiem art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, z wnioskiem o wyjaśnienie jej treści. W ocenie Odwołującego, wbrew nałożonemu przez ustawodawcę obowiązkowi, udzielenia odpowiedzi na tego rodzaju wnioski w terminie „nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert” (art. 38 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) Zamawiający nie ustosunkował się w żaden sposób do wniosku.

Jako dowód Odwołujący wskazał wniosek z dnia 29.07.2010 o udzielenie wyjaśnień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wraz pieczęcią wpływu do ZIM Sp. z o.o. w dniu 02.08.2010 r.

W związku z tym, że termin składania ofert został wyznaczony na 25.08.2010 r., połowa wyznaczonego terminu składania ofert przypadła, zdaniem Odwołującego, na dzień 01.08.2010 r. Była to niedziela w związku z czym wystąpienie z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień SIWZ w dniu 02.08.2010 r. należy kwalifikować jako wniosek złożony z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro zaś termin składania ofert upływał 25.08.2010 r., to Zamawiający nie udzielając odpowiedzi w terminie do 19.08.2010 r. naruszył przepisy prawa. Zgodnie z art. 38 ust. 1a ustawy Pzp Zamawiający tylko wtedy może pozostawić wniosek bez rozpoznania, gdy został on złożony po terminie wskazanym w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z aktualnym brzmieniem dyspozycji art. 179 ust. 1

ustawy Pzp prawo do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy lub innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Odwołującego w nowym stanie prawnym ustawodawca nie posługuje się już pojęciem „interesu prawnego”. Tym samym interes, którego istnienie musi wykazać odwołujący nie musi wynikać wprost z normy prawa materialnego. Wystarczające jest wykazanie, że Odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia. Na skutek nie udzielenia wyjaśnień istotnych warunków zamówienia Odwołujący pozbawiony został możliwości złożenia rzetelnej oferty, odpowiadającej intencjom Zamawiającego, a co za tym idzie utracił możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Stan ten niewątpliwie powoduje powstanie po stronie Odwołującego straty o charakterze ekonomicznym, odpowiadającej wartości utraconego zamówienia. Jednocześnie, w ocenie Odwołującego, powstanie przedmiotowej szkody pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez Zamawiającego ustawy Pzp. Wbrew przepisom tej ustawy Zamawiający nie udzielił na wniosek Odwołującego wyjaśnień istotnych warunków zamówienia, czego następstwem jest uniemożliwienie złożenia przez wykonawcę oferty, a co za tym idzie poniesienie szkody odpowiadającej wartości utraconego zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z dyspozycją art. 182 ustawy Pzp odwołanie w przedmiotowej sprawie należy wnieść w terminie 10 dni, licząc od dnia, w którym Zamawiający winien był udzielić Odwołującemu wyjaśnień SIWZ. W tej sprawie, w ocenie Odwołującego, winno było to nastąpić w dniu 19.08.2010 roku. Tę datę Odwołujący potraktował jako początek biegu 10-dniowego terminu na wniesienie odwołania.

Zamawiający pismem z dnia **31.08.2010 r.** wniósł odpowiedź na odwołanie. W powyższym piśmie wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu wskazał, że w niniejszym postępowaniu bezspornymi są następujące fakty:

1. ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane drogą elektroniczną do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 02.07.2010 r.
2. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego i zamieszczone w jego siedzibie w dniu 07.07.2010 r.

Zamawiający wskazał, iż czynności powyższe są w pełni zgodne z regułami ustalonymi w art. 40 ustawy Pzp. Ponadto podniósł, iż zasady wyjaśniania treści SIWZ są uregulowane w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi „Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż:

- 1) na 6 dni przed upływem terminu składania ofert,
- 2) na 4 dni przed upływem terminu składania ofert - w przetargu ograniczonym oraz negocjacjach z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia,
- 3) na 2 dni przed upływem terminu składania ofert - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 upzp

- pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert".

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że pojęcie „termin składania ofert" jak i precyzyjne wskazanie początku biegu tego terminu jest wyjaśnione w art. 43 ust. 2 ustawy Pzp: „Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż:

1) 40 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie".

W ocenie Zamawiającego początkiem biegu terminu składania ofert jest więc bezspornie dzień przekazania ogłoszenia o zamówieniu, zaś czynność ta miała miejsce w dniu 02.07.2010 r.

Biorąc pod uwagę dzień przekazania ogłoszenia do publikacji – 02.07.2010r. oraz wyznaczony dzień upływu terminu składania ofert – 25.08.2010r., połowa wyznaczonego terminu składania ofert, przypadała na dzień 27.07.2010r. (czwartek). Odwołujący skierował do Zamawiającego wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ w dniu 02.08.2010 r.

Zamawiający wskazał, iż w przedstawionej sytuacji Odwołujący skierował do Zamawiającego wniosek o udzielenie wyjaśnienia treści SIWZ, z przekroczeniem terminu wskazanego w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp i tym samym wniosek Odwołującego należało uznać za spóźniony. Zamawiający nie był zobligowany do odpowiedzi na wniosek Odwołującego o udzielenie wyjaśnień, który stosownie do treści przepisu art. 38 ust. 1a ustawy Pzp. można było pozostawić bez rozpoznania, co uczynił Zamawiający. W ocenie Zamawiającego Odwołujący niesłusznie utożsamia początek terminu składania ofert (art. 43 ust. 1 ustawy Pzp) z wszczęciem postępowania (art. 40 ust. 1 ustawy Pzp) i błędnie wylicza dzień, w którym upływa połowa terminu składania ofert.

W niniejszej sprawie pomiędzy terminem przekazania ogłoszenia o zamówieniu a terminem składania ofert upłynął okres 54 dni. Wykonawcy mieli więc wystarczająco dużo czasu na zapoznanie się z treścią Specyfikacji i przygotowanie wniosków o udzielenie wyjaśnień, w terminie wskazanym w przepisie art. 38 ust.

1 ustawy Pzp.

Zamawiający ponadto wskazał, że wniosek Odwołującego nie dotyczył zagadnień istotnych dla przebiegu postępowania, których niewyjaśnienie mogłoby mieć wpływ na ważność zawartej w przyszłości umowy o czym świadczy fakt, iż w postępowaniu złożono dwie oferty innych Wykonawców.

Ponadto Odwołujący, w ocenie Zamawiającego, nie wykazał w treści odwołania interesu w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ustawy Pzp, gdyż odwołanie wpłynęło po upływie terminu składania ofert, a Odwołujący nie złożył oferty i nie ubiega się o udzielenie zamówienia. Dodatkowo niezrozumiałe jest żądanie zawarte w odwołaniu „zobowiązania Zamawiającego do powtórzenia czynności wyboru oferty”. Wnioskowana czynność w dacie wniesienia odwołania jeszcze nie nastąpiła. Fakt nieubiegania się Odwołującego o udzielenie zamówienia przesądza o bezprzedmiotowości żądania, w zakresie wniosków złożonych w treści odwołania.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na zaniechaniu udzielenia odpowiedzi na pytania skierowane przez Odwołującego wobec treści SIWZ.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z ogłoszeniem o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Następnie skład orzekający Izby wskazuje, iż Izba z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia jest przesłanką materialnoprawną co oznacza, iż odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania z drogi odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

W ocenie Izby kwestia badania interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy momentu wniesienia odwołania. Powyższe jest podyktowane faktem, iż wykonawca w momencie wnoszenia odwołania ocenia czynności podjęte przez zamawiającego i podejmuje decyzję o skorzystaniu z drogi odwoławczej. Wobec powyższego na ten moment następuje badanie przez Izbę istnienia interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej.

W odniesieniu do powyższego Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ określił, iż termin składania ofert upływa w dniu 25.08.2010 r. o godzinie 13.00.

Po drugie Izba ustaliła, iż przedmiotowe odwołanie zostało wniesione bezpośrednio do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26.08.2010 r.

Po trzecie Izba ustaliła w oparciu o druk ZP-12 zaakceptowany przez osobę upoważnioną w dniu 25.08.2010 r., iż w niniejszym postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „BOSZKO-KOZUBSKI” Spółka z o.o. oraz P.H.U. „AUTO-KOMPLEX” Grzegorz Wyrobek. Tym samym należy wskazać, iż Odwołujący nie złożył w przedmiotowym postępowaniu oferty. Powyższe potwierdza również pismo z dnia 02.09.2010 r. podpisane przez Marię Sergiel upoważnioną jednoosobowo do reprezentowania Odwołującego, w którym w imieniu wykonawcy „Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane REMETKOR-BIS” Maria Sergiel, Rafał Sergiel Spółka jawna złożono oświadczenie, iż wykonawca ten nie złożył oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do powyższych ustaleń Izba wskazuje, iż nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 2 grudnia 2009 r. dokonano implementacji dyrektywy



odwoławczej 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w zakresie zamówień publicznych. W świetle art. 1 ust. 3 ww. dyrektywy Państwa Członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Powyższy przepis dyrektywy odwoławczej znalazł swoje odzwierciedlenie w treści art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej 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 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Niniejszy przepis ustawy uległ zmianie w szczególności poprzez rezygnację przez ustawodawcę z interesu prawnego na rzecz pojęcia – „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”. W świetle nowych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże, łącznie spełnienie następujących przesłanek, t.j. wykaże, że:

- 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz
- 2) poniósł lub może ponieść szkodę

a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż ustawodawca posługuje się pojęciem „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”, co oznacza że Odwołujący zobowiązany jest do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia, tj. wykazania, że obiektywnie w konkretnym postępowaniu posiada potrzebę uzyskania danego zamówienia, będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Interes w uzyskaniu zamówienia musi odnosić się do konkretnego postępowania w konkretnym stanie faktycznym. Ponadto, na co wskazuje treść art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący jednocześnie zobowiązany jest do wykazania, że poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, iż w opisanym stanie faktycznym skład

orzekający Izby ustalił, że Odwołujący nie legitymował się interesem w uzyskaniu zamówienia w korzystaniu z środków ochrony prawnej, o których stanowi treść art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe miało miejsce już w momencie wniesienia przez Odwołującego środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

W przedmiotowym postępowaniu, niezależnie od zasadności zarzutów wskazanych w odwołaniu, Odwołujący nie wykazał istnienia interesu w uzyskaniu danego zamówienia ponieważ nie składając oferty w niniejszym postępowaniu nie wyraził woli dalszego uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji uzyskania zamówienia. Tym samym Odwołujący utracił status wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Z powyższej definicji wynika, iż dla oceny posiadania statusu wykonawcy w danym postępowaniu po terminie składania ofert, konieczne jest złożenie oferty. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 25.08.2010 r. o godzinie 13.00, zaś postępowanie odwoławcze zostało wszczęte (poprzez wniesienie odwołania) w dniu 26.08.2010 r. Odwołujący na rozprawie przyznał, iż nie złożył w przedmiotowym postępowaniu oferty ze względu na zaniechanie przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ.

Tym samym to wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia składając ofertę w danym postępowaniu podejmuje decyzję o dalszym swoim udziale w postępowaniu. To wykonawca, jako podmiot profesjonalny zobowiązany jest do działania z należytą starannością poprzez podejmowanie działań zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednakże w niniejszym postępowaniu Odwołujący nie złożył oferty w przedmiotowym postępowaniu. W konsekwencji Odwołujący swoim zachowaniem spowodował, iż w świetle tak przedstawionego stanu faktycznego nie można mówić, iż Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu danego zamówienia publicznego.

W związku z powyższym należy również stwierdzić, iż Odwołujący w konsekwencji braku zaistnienia interesu w uzyskaniu danego zamówienia nie wykazał również tym samym istnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący bowiem miał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, lecz wobec faktu nie złożenia oferty nie ma możliwości wykazania przesłanki szkody będącej skutkiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy albowiem ewentualna szkoda, którą mógłby ponieść Odwołujący byłaby skutkiem zaniedbania po stronie tegoż Odwołującego.

Regulacja art. 2 pkt 11 ustawy Pzp za wykonawcę traktuje m.in. podmiot, który złożył w postępowaniu ofertę. Zatem gdy podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego chce zachować przymiot wykonawcy winien w danym postępowaniu złożyć

ofertę. Pozwala to zachować status uczestnika postępowania, bowiem w innym przypadku na skutek upływu terminu składania ofert i zaniechania złożenia oferty doszło do sytuacji, iż Odwołujący utracił ten status.

Mając powyższe na względzie, zakładając iż Krajowa Izba Odwoławcza bada istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia na moment wniesienia odwołania (wszczęcia procedury odwoławczej) należy stwierdzić, iż Odwołujący nie legitymuje się istnieniem interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia a w konsekwencji jednocześnie nie wykazał zaistnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a Odwołujący w postępowaniu nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Tym samym, niezależnie od zasadności postawionych w odwołaniu zarzutów, niniejsze odwołanie zostało oddalone.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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) w tym w szczególności § 5 ust. 3 i ust. 4 ww. rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....