

Sygn. akt KIO/1881/10

WYROK

z dnia 9 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Honorata Łopianowska

Jolanta Markowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BERGER BAU Polska Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław** od czynności Zamawiającego **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **BAU Polska Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław** 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 **BERGER BAU Polska Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **BERGER BAU Polska Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław** na rzecz **Zarządu Dróg i Utrzymania Miasta, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław**, 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 (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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu, ul. Długa 49; 53-633 Wrocław prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie poprawy stanu technicznego nawierzchni ul. Starogajowej od ul. Kosmonautów do Nr 104 przy ul. Starogajowej we Wrocławiu wraz z opracowaniem dokumentacji projektowej” w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 lipca 2010 r. pod pozycją 204687.

Dnia 27 sierpnia 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach przeprowadzonej oceny ofert, wskazując, iż za najkorzystniejszą uznana została oferta złożona przez wykonawcę Mostostal Warszawa S.A.. Zamawiający poinformował również, iż wykluczył z postępowania wykonawcę Berger Bau Polska sp. z o.o., ul. Szczecińska 11; 54-517 Wrocław (zwany dalej „Odwołującym”). Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Uzasadniając Zamawiający podał, iż Odwołujący nie złożył dokumentów potwierdzających, że Pan Thomas L. i Pan Manfred W. nie zostali prawomocnie skazani za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 31 sierpnia 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, w związku z § 2 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009 r. Nr 226, poz. 1817), przez błędne zastosowanie i uznanie, że wykonawca (Odwołujący) nie złożył dokumentów potwierdzających, że Pan Thomas L. i Pan Manfred W. nie zostali prawomocnie skazani za przestępstwa, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący wskazał, iż legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż miał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów przez Zamawiającego, ponieważ skuteczne wykluczenie Odwołującego z postępowania może spowodować zatrzymanie wadium przez Zamawiającego w trybie art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 31 sierpnia 2010 roku. Zamawiający odpowiedzi na odwołanie nie wniósł.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący nie legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepis powyższy stanowi, iż 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.

W toku prowadzonego postępowania odwoławczego Zamawiający wystąpił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z wnioskiem o uchylenie zakazu zawarcia umowy, wskazując m.in., iż nawet w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego będzie zajmowała 3 miejsce w rankingu, bez szansy na uzyskanie, przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem znak: FZP.MDo.71-114/101860/10 z dnia 30 sierpnia 2010 roku wezwał Odwołującego do odebrania Gwarancji Wadialnej Nr 87BG01001051 z dnia 11 sierpnia 2010 roku na kwotę 19 500,00 zł, stanowiącej wadium wniesione w przedmiotowym postępowaniu.

Na rozprawie Odwołujący oświadczył, iż do dnia 8 września 2010 roku gwarancji nie odebrał.

Podstawą przyjętego przez Izbę stanowiska o braku podstaw do stwierdzenia, iż Odwołujący legitymuje się interesem, w myśl przepisu art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych jest fakt, iż Odwołujący nie może uzyskać danego przedmiotu zamówienia oraz brak jest poniesienia lub hipotetycznej możliwości poniesienia szkody w postaci utraty wadium. Szkoda, na którą powołuje się Odwołujący nie została udowodniona, gdyż Zamawiający swoim działaniem zapobiegł jej powstaniu przez zwrot wadium wniesionego w postaci gwarancji wadialnej.

Przed wszystkim należy zauważyć, iż ani w kodeksie cywilnym ani w ustawie Pzp pojęcie szkody nie zostało zdefiniowane. Jednak trafny wydaje się pogląd ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 Pzp podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom Pzp. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Jak podnosi się w piśmiennictwie następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności zdarzenia, które zazwyczaj z danego faktu

wynikają. Jednocześnie - uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są one wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. Jak można wywieść z wyroku SN z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn.akt V CSK 18/08, Lex nr 424431) następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia. Podobny pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 czerwca 2010 roku, sygn. akt KIO/1081/10 oraz w wyroku z dnia 24 sierpnia 2010 roku, sygn. akt KIO/1719/10.

Odnosząc powyższe rozważania do okoliczności niniejszej sprawy, biorąc pod uwagę, iż oferta Odwołującego, w przypadku uwzględnienia odwołania, byłaby trzecia w rankingu ofert - Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący nie wykazał, iż przy braku wykluczenia z postępowania, z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością została by zawarta z nim umowa, a tym samym skutek naruszenia ustawy może ponieść szkodę. Także podniesiona w odwołaniu teza, że odwołujący może ponieść szkodę, gdyż w przypadku skutecznego wykluczenia z postępowania utraci wadium jest chybiona, gdyż Zamawiający swoim działaniem umożliwił Odwołującemu odzyskanie wadium, bez uszczerbku dla Odwołującego.

W świetle powyższego - w ocenie Izby - Odwołujący wykazał, co najwyżej szkodę ewentualną, która mogłaby powstać jedynie z jego własnego zaniechania. Ponadto szkoda ewentualna, na gruncie prawa cywilnego, jest prawnie obojętna. Szkoda ewentualna oznacza, iż prawdopodobieństwo jej poniesienia jest niewielkie lub niemożliwe do ustalenia.

Ponadto trzeba zwrócić uwagę, iż aktualne brzmienia art. 179 ust. 1 Pzp wskazuje na konieczność wykazania, iż szkoda została poniesiona w wyniku naruszenia przez zamawiającego ustawy lub też udowodnienia przez wykonawcę możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego ustawy. W celu ustalenia, jak należy rozumieć tę przesłankę uprawniającą do wnoszenia środków ochrony prawnej zasadnym jest odwołanie się do okresu *standstill* rozumianego, jako minimalny czas, jaki musi upłynąć między poinformowaniem wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, a zawarciem umowy, co wynika z art. 94 ust. 1 Pzp. Odwołujący powinien wykazać możliwość poniesienia szkody wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy np. przez bezprawne - w jego ocenie - wykluczenie z postępowania, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej. W okresie *standstill* natomiast Odwołujący nie

udowadnia poniesienia szkody, ponieważ jest to okres zawieszenia, umożliwiającą weryfikację czynności zamawiającego prowadzącą bądź do uprawomocnienia się wyboru oferty najkorzystniejszej bądź do ponownej oceny ofert, ale tylko wtedy, gdy pierwotny wybór może Odwołującego narazić na szkodę. Przyjąć trzeba, iż szkoda (możliwość jej poniesienia bądź jej poniesienie) dotyczy sytuacji, gdy wskutek 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.

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

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) 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), uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....