

Sygn. akt KIO/2134/10

WYROK
z dnia 14 października 2010 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 1 października 2010 r. przez **wykonawcę POLBUD S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim przy ulicy Żwirki i Wigury 61, 17-100** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. Jędrzeja Śniadeckiego z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Marii Skłodowskiej – Curie 26, 15-950 Białystok**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Rawbud Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Warszawskiej 9, 15-062 Białystok (Lider) i Centrum Informatyki ZETO S.A. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Skorupskiej 9, 15-048 Białystok**, zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego,

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę POLBUD S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim przy ulicy Żwirki i Wigury 61, 17-100** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawcę POLBUD S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim przy ulicy Żwirki i Wigury 61, 17-100** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. Jędrzeja Śniadeckiego z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Marii Skłodowskiej – Curie 26, 15-950 Białystok prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Robota budowlana: wykonanie - w ramach rozbudowy Szpitala - budynku nr 6, obejmującego Blok Operacyjny, Centralną Sterylizatornię i Dział Diagnostyki Obrazowej oraz dostawę wyposażenia niezbędnego do wykonania roboty budowlanej, tj. dostawa, zainstalowanie oraz uruchomienie kompletnego wyposażenia centralnej sterylizatorni* opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12 maja 2010 roku pod numerem 2010/S 92-137844.

22 września 2010 roku Zamawiający, pismem datowanym na dzień 22 września 2010 roku, poinformował wykonawców o wykonaniu czynności nakazanych w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach akt KIO/1679/10 i KIO/1701/10 tj.:

- ~ unieważnieniu czynności z 30 lipca 2010 roku – wybór oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę POLBUD Sp. z o.o.,
- ~ odrzuceniu oferty wykonawcy POLBUD Sp. z o.o. (na podstawie wyroku sygn. akt KIO/1679/10),
- ~ powtórzeniu czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Rawbud Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Warszawskiej 9, 15-062 Białystok (Lider) i Centrum Informatyki ZETO S.A. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Skorupskiej 9, 15-048 Białystok (na podstawie wyroku sygn. akt KIO/1701/10) – wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań Zamawiającego przez zaoferowane urządzenia do dekontaminacji zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz dokonanej ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i dokumentów,

oraz o wyniku postępowania – wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Rawbud Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Warszawskiej 9, 15-062 Białystok (Lider) i Centrum Informatyki ZETO S.A. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Skorupskiej 9, 15-048 Białystok.

1 października 2010 roku Odwołujący - **wykonawca POLBUD S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim przy ulicy Żwirki i Wigury 61, 17-100** wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z ustawą czynności Zamawiającego polegających na:

- ~ nieodrzczeniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Rawbud Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Warszawskiej 9, 15-062 Białystok (Lider) i Centrum Informatyki ZETO S.A. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Skorupskiej 9, 15-048 Białystok, stosownie do treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.08.2010 r., Sygn. akt: KIO, 1701/10, z uwagi na niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, (naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy),
- ~ naruszeniu procedury określonej w art. 87 ust. 1 ustawy, poprzez dokonanie nieuprawnionej czynności polegającej na zażądaniu wyjaśnień co do treści oferty w sytuacji, gdy oferta nie spełniała wymogów SIWZ, co skutkowało jej odrzuceniem; z ostrożności także: nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień;
- ~ naruszeniu art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, tj. dokonanie ocen ofert, stosując różne kryteria oceny ofert oraz uprzywilejowanie jednego wykonawcy (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Rawbud Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Warszawskiej 9, 15-062 Białystok (Lider) i Centrum Informatyki ZETO S.A. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Skorupskiej 9, 15-048 Białystok) względem pozostałych wykonawców

zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,

oraz wnosząc o unieważnienie powyższych czynności i odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Rawbud Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Warszawskiej 9, 15-062 Białystok (Lider) i Centrum Informatyki ZETO S.A. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Skorupskiej 9, 15-048 Białystok oraz zasądzenie na rzecz Odwołującego się kosztów postępowania.

Odwołujący w następujący sposób argumentował stanowisko:

Odwołujący wskazał, iż w wyroku z 24 sierpnia 2010 roku sygn. akt: KIO 1701/10, Izba stwierdziła, iż oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Rawbud Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Warszawskiej 9, 15-062 Białystok (Lider) i Centrum Informatyki ZETO S.A. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Skorupskiej 9, 15-048 Białystok była niezgodna z SIWZ, wykonawca bowiem nie zawarł w formularzu cenowym informacji dotyczących „*typu/nazwy/numeru katalogowego*” oraz „*wytwórcy*” każdego z przedmiotów wymienionych w tabeli, zgodnie z załącznikiem nr 13, stwierdzając tylko w kolumnie „*typ/nazwa/numer katalogowy*” - „*indywidualnie*”. Dokonując czynności ponownej oceny, Zamawiający wezwał wykonawcę, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, do wyjaśnienia treści oferty, tj. formularza cenowego dot. wyposażenia Sterylizatorni Centralnej w poz. 31, 34, 35, 36, 37, 40, 43, 44, 45, 47, 48, co oznacza określenie „*indywidualnie*” oraz do uzupełnienia oferty o certyfikat CE wyrobu w poz. 50 formularza, obowiązującego na dzień 21 czerwca 2010 roku (oferta str. 112-113). Odwołujący podniósł, iż wskutek działania Zamawiającego, w konsekwencji wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, doszło do nieuprawnionego uzupełnienia oferty tego wykonawcy, m. in. o podanie wytwórców wyposażenia. Zamawiający poprzez niedopuszczalne w tej sytuacji wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, usunął braki oferty opisane szczegółowo w w/w wyroku KIO.

Odwołujący wskazał, że treść złożonych w toku procedury wyjaśnień, w żaden sposób nie konwaliduje błędów, które spowodowały odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Rawbud Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Warszawskiej 9, 15-062 Białystok (Lider) i Centrum Informatyki ZETO S.A. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Skorupskiej 9, 15-048 Białystok. Wyjaśnienia te w rzeczywistości, w ocenie Odwołującego, prowadzą do zmiany treści oferty, co z jednej strony jest niezgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych,

z drugiej prowadzą do niedopuszczalnego uprzywilejowania jednego z wykonawców, ale jednocześnie potwierdzają niekompletność i niezupełność pierwotnie złożonej oferty. Wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Zamawiający bezwzględnie przy dokonywaniu oceny ofert, nie może odstępować od wymogów określonych w SIWZ, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawcy wezwany do złożenia wyjaśnień wskazał na nieprecyzyjność określeń zawartych w SIWZ, jednak należy podkreślić, iż wykonawca mógł skierować do Zamawiającego zapytanie, ewentualnie miał możliwość skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Zamawiający zobowiązany jest do równego traktowania wszystkich oferentów. Skoro oferty innych wykonawców zostały odrzucone z tych samych powodów, ze względu na niezgodność z SIWZ, a poprawność tej oceny została potwierdzona wyrokami KIO, to również wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Rawbud Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Warszawskiej 9, 15-062 Białystok (Lider) i Centrum Informatyki ZETO S.A. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Skorupskiej 9, 15-048 Białystok, Zamawiający winien był stosować takie same kryteria oceny. Skoro Zamawiający uznał, że mógł wezwać Sp. z o.o. i Centrum Informatyki ZETO S.A. do złożenia wyjaśnień, w trybie określonym w art. 87 ust. 1 ustawy, powinien zastosować identyczną procedurę wobec pozostałych oferentów. Prowadzenie nieuprawnionej korespondencji tylko z jednym wykonawcą, prowadzi do jego uprzywilejowania.

Interes prawny Odwołującego doznał uszczerbku w wyniku działań Zamawiającego, tj. przeprowadzenia postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wykonawca uczestniczący w postępowaniu, ma prawo oczekiwać, że proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i zgodny z obowiązującymi przepisami prawa oraz ma prawo kwestionować niezgodne z prawem czynności Zamawiającego, a ewentualne nieuznanie tych zarzutów przez Izbę Odwoławczą, tego interesu go nie pozbawia. Ponadto Odwołujący

ma prawo oczekiwać, że w przypadku, kiedy wszystkie oferty winny zostać odrzucone, z uwagi na błędy (wskazane w odwołaniach i w wyrokach KIO), Zamawiający powinien przeprowadzić nowe postępowanie, zmierzające do wyboru najkorzystniejszej oferty, zgodnie z przepisami ustawy. W przeciwnym razie doszłoby do wyboru oferty z rażącym naruszeniem przepisów ustawy, co godzi w przyjęty porządek prawny.

Odwołujący powołując się na swoją argumentację wniósł o unieważnienie czynności i odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Rawbud Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Warszawskiej 9, 15-062 Białystok (Lider) i Centrum Informatyki ZETO S.A. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Skorupskiej 9, 15-048 Białystok.

4 października 2010 roku do Prezesa Krajowej izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Rawbud Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Warszawskiej 9, 15-062 Białystok (Lider) i Centrum Informatyki ZETO S.A. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Skorupskiej 9, 15-048 Białystok; zgłaszający przystąpienie ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, albowiem złożona oferta przez zgłaszającego przystąpienie 22 września 2010 roku została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zgłaszający przystąpienie w zakresie zarzutów i wniosków zgłoszonych w odwołaniu wniósł o: odrzucenie odwołania ewentualnie o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie od Odwołującego się na rzecz Przystępującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego, zgodnie ze spisem kosztów przedstawionym przez Przystępującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone

Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej 1 października 2010 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu (30 września 2010 roku).

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Rawbud Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Warszawskiej 9, 15-062 Białystok (Lider) i Centrum Informatyki ZETO S.A. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Skorupskiej 9, 15-048 Białystok. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 1 października 2010 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia nastąpiło 4 października 2010 roku a zgłaszający przystąpienie przekazał w tym terminie Odwołującemu i Zamawiającemu kopię zgłoszenia przystąpienia.

Wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę po której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Izby w formie pisemnej, a jego kopię przekazał zgłaszający przystąpienie Zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie, tym samym Izba uznał, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Rawbud Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Warszawskiej 9, 15-062 Białystok (Lider) i Centrum Informatyki ZETO S.A. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Skorupskiej 9, 15-048 Białystok, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba działając zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego

do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z 22 września 2010 roku oraz dowód z akt sprawy o sygn. KIO 1679/10, dowodu z orzeczenia Izby z 24 sierpnia 2010 roku o sygn. KIO/1701/10, dowód z pisma Zamawiającego z 29 lipca 2010 r. oraz z odwołań wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Rawbud Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Warszawskiej 9, 15-062 Białystok (Lider) i Centrum Informatyki ZETO S.A. z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Skorupskiej 9, 15-048 Białystok z 05 sierpnia 2010 roku. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Na wstępie Izba wskazuje, iż rozpoznając na rozprawie odwołanie, ma obowiązek z urzędu zweryfikować wypełnienie przez Odwołującego przesłanki materialnoprawnej wynikającej z art. 179 ust. 1 ustawy. Izba stwierdziła, że odwołujący nie legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy.

Izba wskazuje, iż nowelizacja przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. *o zmianie ustawy - Prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), wprowadziła istotną zmianę w regulacji art. 179 ust. 1 ustawy - *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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.*

Art. 179 ust 1 ustawy określa zarówno katalog podmiotów uprawnionych do złożenia odwołania jak również przesłanki jakie musi kumulatywnie spełnić odwołujący się.

Środki ochrony prawnej przewidziane w Dziale VI ustawy przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi. Ustawodawca w art. 2 pkt 11 ustawy zdefiniował pojęcie wykonawcy – *ilekroć w ustawie jest mowa o: (...) wykonawcy – należy przez to 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. Tak więc, wykonawcą w rozumieniu ustawy mogą być zarówno osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, jednakże niezależnie od formy organizacyjnej zawsze status wykonawcy łączy się z jego uczestnictwem w procedurze udzielania zamówienia publicznego. Nie jest więc możliwe uznanie za wykonawcę podmiotu, który nie jest związany z danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, nie uczestniczy w danym zamówieniu w żaden sposób. Tak więc, warunkiem *sine qua non* uznania danego podmiotu za wykonawcę jest jego powiązanie z danym, konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, powiązanie nie pozorne oraz nie takie, które już ustało w wyniku innych okoliczności.

Zgodnie z regulacją art. 179 ust. 1 uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca (i inne wskazane w przepisie podmioty), jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Niezbędnym dla skuteczności wniesienia odwołania jest wykazanie kumulatywnego spełnienia wymienionych przesłanek.

Jednocześnie Izba zwraca uwagę, iż Odwołujący nie musi wykazywać jak to było dotychczasowo, iż ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia – obecnie wystarczające jest wykazanie, iż miał lub ma interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poniósł lub mógł ponieść szkodę.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, w zakresie posiadanego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wskazuje, iż Odwołujący nie wykazał iż poniósł szkodę lub taką może ponieść.

Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia. W rozpatrywanym stanie faktycznym sprawy nie potwierdza wypełnienie tejże przesłanki powoływanie się Odwołującego, który utracił status wykonawcy, na interes o charakterze uniwersalnym, sprowadzający się w ogólności do reagowania i zaskarżania środkami ochrony prawnej każdej sytuacji i przez każdego kto uznaje, iż Zamawiający prowadzi postępowanie z naruszeniem przepisów ustawy. Nie znajduje uzasadnienia w obowiązującym prawie również próba odwoływania się przez Odwołującego do

konieczności unieważnienia postępowania i przeprowadzenia procedury o udzielenie zamówienia ponownie, które to działanie jakoby wypełniało przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia. Zdaniem Izby, interes odwołującego musi być utożsamiany z doznany przez wykonawcę uszczerbkiem interesu własnego w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu w wyniku naruszenia przepisów ustawy i nie może być odnoszony do przyszłego i niepewnego, hipotetycznego zdarzenia jakim może być ponowne ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia.

W świetle ustawowej regulacji interes wykonawcy, to jego własny interes sprowadzający się do uzyskania zamówienia i osiągnięcia korzyści w wyniku realizacji zawartej umowy. Izba nie podziela poglądu, że wykonawca reprezentujący swój interes, w sytuacji gdy nie ma szans na uzyskanie zamówienia, może dążyć do unieważnienia postępowania, wskazując że oferta konkurenta jest wadliwa, a samo postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Unieważnienie postępowania prowadzi do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez wyboru oferty najkorzystniejszej, a skutkiem tego jest niezawarcie umowy, nie dochodzi zatem do uzyskania zamówienia publicznego a więc nie ma możliwości wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia.

W rozpatrywanym stanie faktycznym oferta Odwołującego zgodnie z decyzją Zamawiającego z 22 września 2010 roku została odrzucona w wyniku wykonania orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z 19 sierpnia 2010 roku (wyrok) sygn. akt KIO/1679/10, a sam Odwołujący nie kwestionując w skardze orzeczenia Izby utracił przymiot wykonawcy w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP-252-22/10. Tym samym, uwzględniając powyższy wywód, nie jest uprawnionym twierdzenie, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia *Roboty budowlana: wykonanie - w ramach rozbudowy Szpitala - budynku nr 6, obejmującego Blok Operacyjny, Centralną Sterylizatornię i Dział Diagnostyki Obrazowej oraz dostawę wyposażenia niezbędnego do wykonania roboty budowlanej, tj. dostawa, zainstalowanie oraz uruchomienie kompletnego wyposażenia centralnej sterylizatorni* - nr ZP-252-22/10. Stanowisko Izby potwierdzone zostało niejednokrotnie w doktrynie oraz orzecznictwie zarówno Izby jak i sądów powszechnych już na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy o zamówieniach publicznych i utrzymane niezmiennie po dzień dzisiejszy z uwzględnieniem zmiany wynikającej z grudniowej nowelizacji przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 4 czerwca 2003 roku sygn. akt

V Ca 894/03 „Skuteczne odrzucenie oferty Odwołującego spowodowało, iż nie ma on interesu prawnego w domaganiu się unieważnienia dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia ofert innych podmiotów i nakazania unieważnienia przetargu na podstawie art. 27 b ust. 1 pkt 1 ustawy o zamówieniach publicznych, a zarzut naruszenia art. 16 u.z.p. nie może być powoływany przez podmiot, który nie jest uczestnikiem postępowania o zamówienie publiczne”; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 3 grudnia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1549/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 3 sierpnia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 932/10).

Drugą przesłanką legitymacji czynnej, której spełnienie musi nastąpić kumulatywnie wraz z przesłanką interesu w uzyskaniu danego zamówienia jest wykazanie przez Odwołującego, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Odnosząc powyższe do okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, uwzględniając fakt, iż oferta Odwołującego została odrzucona z postępowania, co nie było kwestionowane, Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący nie wykazał, że w przypadku uznania odwołania realny jest wynik postępowania w postaci zawarcia z Odwołującym umowy, a tym samym skutek naruszenia ustawy może ponieść szkodę. Odnosząc się do wypełnienia przesłanki szkody i uwzględnienia wyjaśnień Odwołującego a mianowicie podnoszenia, iż miałby możliwość uzyskania zamówienia w kolejnej prowadzonej procedurze o udzielnie zamówienia publicznego w efekcie unieważnienia obecnie prowadzonego postępowania nie znajduje uzasadnienia.

Korzystając ze środków ochrony prawnej w okresie *stand still*, Odwołujący powinien wykazać możliwość poniesienia szkody wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy

np. poprzez bezprawne – w jego ocenie – odrzucenie oferty, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Przyjąć bowiem należy, iż wykazanie możliwości poniesienia szkody jest nierozdzielnie połączone z naruszeniem przepisów ustawy przez Zamawiającego, co w konsekwencji prowadzi do utracenia możliwości wyboru oferty Odwołującego, a tym samym zaistnienia po stronie Odwołującego uszczerbku. Podstawą dla wykazania możliwości zaistnienia szkody jest wykazanie normalnego (adekwatnego) związku przyczynowego, czego Odwołujący nie wykazał, a w obliczu niekwestionowania nakazania odrzucenia własnej oferty (skargi) nie był w stanie wykazać związku pomiędzy utraceniem możliwości uzyskania zamówienia a naruszeniem przepisów ustawy przez Zamawiającego na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu (ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia) w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia przez Wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, a Odwołujący w postępowaniu nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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).

Jednocześnie Izba wyjaśnia, iż nie uwzględniła wniosku o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego złożonego na rozprawie przez uczestnika postępowania odwoławczego, ponieważ uwzględnienie wniosku kosztowego złożonego przez ten podmiot możliwe jest zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2 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) w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego

po stronie Zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, orzeczono jak w sentencji

Przewodniczący:

.....