

WYROK
z dnia 8 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2012 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane "ERBUD" Sp. z o.o., ul. Podmiejska 71, 44-207 Rybnik** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane "ERBUD" Sp. z o.o., ul. Podmiejska 71, 44-207 Rybnik i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane "ERBUD" Sp. z o.o., ul. Podmiejska 71, 44-207 Rybnik** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane "ERBUD" Sp. z o.o., ul. Podmiejska 71, 44-207 Rybnik** na rzecz **Miasta Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice** kwotę **56 zł 00 gr** (słownie: pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zespół Szkół Techniczno-Informatycznych w Gliwicach ul. Chorzowska 5-budowa sali sportowej”.

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

20 kwietnia 2012 r. zamawiający poinformował Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „ERBUD” Sp. z o.o., ul. Podmiejska 71, 44-207 Rybnik (dalej: „odwołujący” lub „ERBUD”) o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykluczeniu ERBUD z udziału w postępowaniu, odrzuceniu jego oferty i zatrzymaniu wadium.

25 kwietnia 2012 r. ERBUD wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu bezpodstawne wykluczenie odwołującego z udziału w oraz odrzucenie jego oferty. ERBUD zarzucał zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 46 ust. 1 i 3 ustawy o samorządzie gminnym, a to poprzez:
 - dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia odwołującego wykonawcy, odrzucenia jego oferty i zatrzymania wadium przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji zamawiającego,
 - dokonanie czynności porównania, oceny i wyboru ofert z pominięciem wszystkich złożonych i niepodlegających odrzuceniu ofert, to jest z pominięciem oferty odwołującego,
2. art. 24 ust. 2 pkt. 4 oraz art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 ustawy, a to poprzez:
 - bezpodstawne przyjęcie, iż ERBUD nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to jest nie przedłożył „Wykazu osób” potwierdzającego dysponowanie przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, podczas gdy wykonawca taki wykaz złożył i nie był wzywany do jego wyjaśnienia,
 - bezpodstawne wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu i bezpodstawne odrzucenie jego oferty.

ERBUD wnosił o:

- unieważnienie czynności wykluczenia ERBUD z udziału w postępowaniu,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu, w tym oferty odwołującego,
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz ERBUD kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, według norm prawem przepisanych,
- przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego pisma.

Odwołujący wskazywał, że stosownie do treści art. 179 ust. 1 ustawy, iż posiada interes w złożeniu odwołania. Czynności zamawiającego pozbawiły bowiem ERBUD prawa do merytorycznej oceny przygotowanej przez niego oferty a nadto stały się przyczyną bezpodstawnego zatrzymania wadium. Podnosił, że wykonawca składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma prawo oczekiwać aby jego oferta podlegała merytorycznej ocenie. Pozbawienie prawa do merytorycznej oceny ofert godzi z samej istoty takiej czynności w interes wykonawcy. W ocenie odwołującego uchybienia, których dopuścił się zamawiający w niniejszej sprawie mają wpływ na wynik postępowania. Niezależnie bowiem od tego jaka byłaby ostateczna kolejność ofert w interesie odwołującego jest to, by jego oferta została poddana klasyfikacji i mogła uzyskać określony wynik. Tylko merytoryczny wynik umożliwia bowiem wykonawcom udział w realizacji zadania, również w tych przypadkach gdy ewentualny inny zwycięski wykonawca nie zdecyduje się na realizację zadania, tudzież dojdzie do rozwiązania umowy. Wyeliminowanie odwołującego z kręgu wykonawców, których oferty podlegają ocenie jest więc uchybieniem rzutującym bezpośrednio na wynik postępowania, rzutującym na prawidłową klasyfikację ofert. Niezależnie bowiem od tego, która oferta zostałaby wybrana w dalszym toku postępowania, zmianie musiałaby ulec klasyfikacja ofert, która przy uwzględnieniu odwołania obejmowałaby także wykonawcę składającego odwołanie.

W uzasadnieniu odwołania ERBUD podnosił, że:

Naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 46 ust. 1 i 3 ustawy o samorządzie gminnym.

W pierwszej kolejności ERBUD podkreślał, że najważniejsze czynności podjęte w niniejszym postępowaniu i zaskarżone przez odwołującego zostały dokonane w imieniu zamawiającego przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji. Pismo z dnia 20 kwietnia 2012 r.

informujące wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, odrzuceniu oferty odwołującego podpisał Mariusz Komidzierski - Zastępca Naczelnika Wydziału Inwestycji i Remontów, nie zaś osoba pełniąca funkcję organu jednostki samorządu terytorialnego, lub osoba działająca z wyraźnego upoważnienia takiego organu. Wyjaśniał, że zamawiający jest jednostką samorządu terytorialnego - gminą miejską. Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym oświadczenie woli w imieniu gminy w zakresie zarządu mieniem składa jednoosobowo wójt albo działający na podstawie jego upoważnienia zastępca wójta samodzielnie albo wraz z inną upoważnioną przez wójta osobą. W ust. 3 w/w przepisu wskazano ponadto, iż jeżeli czynność prawna może spowodować powstanie zobowiązań pieniężnych, do jej skuteczności potrzebna jest kontrasygnata skarbnika gminy (głównego księgowego budżetu) lub osoby przez niego upoważnionej. W ocenie ERBUD Mariusz Komidzierski nie jest osobą uprawnioną do reprezentowania zamawiającego. Zwracał uwagę, iż w treści pisma z 20 kwietnia 2012r., nie powołuje się też na udzielenie jakiegokolwiek umocowania do przeprowadzenia skarżonych niniejszym odwołaniem czynności, Mariusza Komidzierskiego nie wymienia ponadto sporządzona przez zamawiającego Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dej: „siwz” lub „specyfikacja”) wśród osób umocowanych do kontaktowania się z wykonawcami w czasie postępowania o udzielenie zamówienia. W pkt. 11 pkt. 1 siwz zaznaczono, że osobą uprawnioną do kontaktów z wykonawcami ze strony Zamawiającego jest Aleksandra Radwańska, a w razie jej nieobecności Danuta Barańska. Zdaniem odwołującego, skoro zaskarżone czynności zostały podjęte przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji zamawiającego, należy uznać, iż nie mogą one rozstrzygać o prawach i obowiązkach wykonawców biorących udział w postępowaniu. Czynności takie są bowiem dotknięte sankcją nieważności.

O naruszeniu art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 w opinii ERBUD należy mówić ponadto w jeszcze jednym aspekcie. Prawidłowe przeprowadzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wymaga bowiem porównania i merytorycznej oceny wszystkich ofert, które nie zostały odrzucone. Skoro zaś zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego i zaniechał jej porównania w stosunku do innych ofert, ustalenie wyniku postępowania nie może uchodzić za prawidłowe. Nieprawidłową jest bowiem klasyfikacja ofert, która nie została sporządzona na podstawie wszystkich podlegających badaniu ofert. Także z tego punktu widzenia winno się zatem mówić o naruszeniu art. 91 ust. 1 ustawy. Zwracał uwagę, że nieprawidłowe zastosowanie art. 91 ust. 1 Pzp pociąga za sobą również naruszenie zasad uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 i 3 ustawy).

Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 oraz art. 92 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy.

Odwołujący wskazywał, że zamawiający wykluczył ERBUD zarzucając, iż ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z uzasadnienia pisma z dnia 20

kwietnia 2012 r. wynika, iż zamawiający zakwestionował informację o doświadczeniu osób podanych przez odwołującego w dokumencie „Wykaz osób”, stanowiącym załącznik nr 4 do specyfikacji. Zamawiający zarzucił, iż „Wykaz osób” przygotowany przez odwołującego nie potwierdza, że dysponuje on osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zdaniem ERBUD takie działanie zamawiającego było błędne. Wyjaśniał, że dokumenty, które należało złożyć wraz z ofertą zamawiający określono w pkt. 9 siwz, m. in.:

- wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami potwierdzającymi spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami o treści załącznika nr 4 do siwz,
- oświadczenie zawarte w załączniku nr 4 do siwz, potwierdzające że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia.

Z kolei w pkt. 8.3 siwz zamawiający określił listę osób zdolnych do wykonywania zamówienia, formułując wymogi dotyczące: kierownika budowy, kierownika robót sanitarnych, kierownika robót elektrycznych, kierownika robót drogowych, kierownika robót niskoprądowych, specjalisty ds. rozliczeń.

ERBUD podniósł, że w oparciu o powyższe wymogi sporządził wykaz osób zgodnie z załączonym wzorem „Wykaz Osób”, wskazując w nim szczegółowo osoby, które miały realizować zamówienie i informując o posiadanych przez te osoby uprawnieniach, doświadczeniu, zakresie wykonywanych czynności. Odwołujący podał następujące osoby zdolne do wykonania zamówienia: Jerzy Pojda, kierownik budowy, doświadczenie 25 lat; Sławomir Nowoczyk, kierownik robót sanitarnych, doświadczenie 10 lat; Zbigniew Trzj: kierownik robót elektrycznych, doświadczenie zawodowe 9 lat, Grzegorz Żyła kierownik Latoś robót drogowych, doświadczenie zawodowe 11 lat; Henryk Katarzyński kierownik robót telekomunikacyjnych; doświadczenie zawodowe 6 lat, Andrzej Gorzawski, specjalista ds. rozliczeń, doświadczenie zawodowe 14 lat. Dodatkowo Odwołujący się wyraźnie zaznaczył, iż wszystkie wskazane przez niego osoby posiadają wymagane przez siwz uprawnienia i doświadczenie zawodowe. Zatem w opinii odwołującego spełnił wszystkie wymagania siwz w zakresie wykazywania uprawnień i doświadczenia osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia. Zwracał uwagę, że jeśli zamawiający domagał się w „Wykazie Osób” lub odrębnym dokumencie jeszcze innych informacji dotyczących kierownika budowy, kierownika robót sanitarnych, kierownika robót elektrycznych, kierownika robót drogowych, kierownika robót niskoprądowych, czy specjalisty ds. rozliczeń, winien był precyzyjnie określić swoje oczekiwania w treści specyfikacji.

Podkreślał, że jeżeli zamawiający nie wymagał wskazania za pomocą konkretnych dat wykonywania czynności, których wykazanie uzasadniało spełnienie warunku udziału osoby na

konkretne stanowisko, nie może wymagać od wykonawcy podania w spełnianiu warunków udziału szczegółowych dat i w tym zakresie korzystać z uregulowania art. 26 ust. 3 ustawy. Odwołujący zgodnie z wymaganiami zamawiającego wypełnił formularz - załącznik nr 4 siwz wpisując w nim wszystkie żądane informacje i oświadczając dodatkowo wyraźnie, że osoby wymienione w załączniku nr 4 spełniają wymagania w zakresie posiadania uprawnień i doświadczenia. Niezależnie od powyższego zauważył, iż nawet gdyby zamawiający usiłował kwestionować informacje podane w „Wykazie osób”, tudzież gdyby uznał umieszczone w nim dane za niewystarczające (do czego nie było podstaw), winien był wówczas wezwać odwołującego się do złożenia wyjaśnień. W toku postępowania zamawiający nie doręczył tymczasem odwołującemu wezwania do złożenia wyjaśnień, ani uzupełnienia dokumentacji w zakresie złożonego wykazu.

Natomiast w piśmie z dnia 12 kwietnia 2012 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia w terminie do 16 kwietnia 2012r. dowodów, iż niezłożenie dokumentów potwierdzających udział w postępowaniu nastąpiło z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy. W piśmie tym zamawiający powołał się na pismo z dnia 27 lutego 2012 r. wysłane za pośrednictwem poczty elektronicznej. W odpowiedzi na powyższe odwołujący wniósł o przedłużenie terminu, wskazując, iż nie otrzymał wezwania, na które powołuje się zamawiający i musi zwrócić się do przedsiębiorstwa obsługującego serwer poczty elektronicznej celem ustalenia czy pismo takie wpłynęło. W piśmie tym odwołujący wskazał, iż serwer obsługujący pocztę elektroniczną nie znajduje się w siedzibie spółki, ale jest własnością innego podmiotu. Zamawiający, pomimo braku prawidłowego doręczenia wezwania do uzupełnienia dokumentów, nie zgodził się na wyjaśnianie okoliczności, czy wiadomość elektroniczna z 27 lutego 2012 r. w ogóle dotarła do wykonawcy. Nie czekając na sprawdzenie powyższego odmówił udzielenia zgody na przedłużenie terminu do przedłożenia dowodów, a następnie wykluczył odwołującego się z udziału w postępowaniu, odrzucił jego ofertę i zatrzymał wadium. Tymczasem jak wynika z pisma przedsiębiorcy obsługującego serwer odwołującego (pismo z dnia 16 kwietnia 2012r.), podmiot ten z uwagi na dużą ilość obsługiwanych kontrahentów (tysiące wiadomości email) nie mógł w tak krótkim czasie dokonać precyzyjnego sprawdzenia serwera. Zdaniem odwołującego w tym stanie rzeczy wykluczenie ERBUD i odrzucenie jego oferty było podwójnie błędne. Po pierwsze, odwołujący złożył wszystkie wymagane w siwz dokumenty, w szczególności złożył wraz z ofertą „Wykaz osób” potwierdzający uprawnienia i doświadczenie osób odpowiedzialnych za wykonanie zamówienia. Po drugie nawet gdyby zamawiający miał wątpliwości co do treści złożonego wykazu winien był wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień, tego zaś nie zrobił. Na koniec odwołujący odnosił się do czynności zamawiającego polegające na bezpodstawnym zatrzymaniu wadium wskazując, że w niniejszej sprawie żadna z w/w przesłanek nie została spełniona. Już pierwszy z wymogów, polegający na braku przedłożenia wymaganych dokumentów nie został spełniony. Jak wyżej

wyjaśniono odwołujący złożył wraz z ofertą „Wykaz osób”, podając w nim wszystkie żądane przez zamawiającego informacje. Nawet jeżeli Zamawiający uznał, iż „Wykaz osób” przedłożony wraz z ofertą odwołującego, nie spełnia oczekiwań zamawiającego to winien był wezwać ERBUD do złożenia wyjaśnień, czego nie zrobił.

W dniu 8 maja 2012 r. zamawiający w formie pisemnej odpowiedział na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego obejmujących koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę Izby oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu ww. pisma podnosił, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z następujących przyczyn:

Mariusz Komidziński pełniący funkcję Zastępcy Naczelnika Wydziału Inwestycji i Remontów jest osobą w pełni umocowaną do reprezentowania zamawiającego. Przedmiotowe umocowanie wynika bowiem z Zarządzenia organizacyjnego nr 6/11 Prezydenta Miasta Gliwice z dnia 3 lutego 2011 r. - a w szczególności z treści Załącznika nr 12, które w pkt 5 wskazuje na Mariusza Komidzińskiego, jako umocowaną osobę do działania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający pismem datowany na 20 kwietnia 2012 r. zawiadomił Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz poinformował odwołującego o wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

W ocenie zamawiającego ERBUD nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, załączony bowiem do oferty „Wykaz osób” nie potwierdza, że odwołujący dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. osobami do pełnienia funkcji Kierownika budowy, Kierownika robót sanitarnych, Kierownika robót elektrycznych, Kierownika robót niskoprądowych, spełniających warunki udziału w postępowaniu, określone w pkt 8.3 SIWZ „Osoby zdolne do wykonania zamówienia”.

Jednocześnie SIWZ wyraźnie wskazuje: III. 3.4) Osoby zdolne do wykonania zamówienia - Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku: O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, to znaczy: Wykonawca musi mieć do dyspozycji odpowiednio wykwalifikowany personel, tj.:

- a) Kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej do kierowania robotami budowlanymi, bez ograniczeń, posiadającego co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień

budowlanych (okres doświadczenia zawodowego dotyczy okresu od uzyskania uprawnień) w tym co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 15 000 m³ i wartości całkowitej robót 6.000 000 zł brutto.

- b) Kierownika robót sanitarnych, posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci instalacji i urządzeń cieplnych wentylacyjnych, gazowych kanalizacyjnych bez ograniczeń posiadającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, (okres doświadczenia zawodowego dotyczy okresu od uzyskania uprawnień), w tym co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o kubaturze min 15 000 m³.
- c) Kierownika robót elektrycznych, posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń posiadającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych (okres doświadczenia zawodowego dotyczy okresu od uzyskania uprawnień), w tym co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o kubaturze min 15 000 m³.
- d) Kierownika robót drogowych, posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej posiadającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych (okres doświadczenia zawodowego dotyczy okresu od uzyskania uprawnień).
- e) Kierownika robót niskoprądowych, posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej posiadającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych (okres doświadczenia zawodowego dotyczy okresu od uzyskania uprawnień) w tym co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na wykonaniu instalacji niskoprądowych w budynkach użyteczności publicznej.
- f) Specjalisty ds. rozliczeń, posiadającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w rozliczaniu robót budowlanych.

W przypadku podmiotów działających wspólnie osoby zdolne do wykonania zamówienia podlegają sumowaniu.

Zatem w opinii zamawiającego w żadnym więc wypadku nie można mówić o niejasnych, niedostatecznie ujawnionych czy nieskonkretyzowanych oczekiwaniach zamawiającego. Jednocześnie sam odwołujący na str. 5 odwołania wskazuje, że chodziło o wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami potwierdzającymi spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności. Tym samym – zdaniem zamawiającego - odwołujący wskazując osoby: Jerzy Pojda, kierownik budowy, doświadczenie 25 lat; Sławomir Nowaczyk, kierownik robót sanitarnych, doświadczenie 10 lat (...), z całą pewnością nie wskazał na spełnienie wymogów kwalifikacji, o jakich mowa w ww. zacytowanym fragmencie siwz.

Następnie zamawiający wyjaśniał, że mając na uwadze ww. braki na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał drogą elektroniczną (e-mail) w dniu 28 lutego 2012 r. odwołującego do uzupełniania dokumentów (pismo z dnia 27 lutego 2012 r., znak: UM-87316/2012). Fakt otrzymania przedmiotowego pisma został potwierdzony przez ERBUD drogą elektroniczną (znak UM-101731/2012). Zamawiający wskazywał, że zgodnie z art. 27 ust. 1 i 2 Pzp, w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. W niniejszej sprawie zamawiający przewidział w siwz doręczanie wniosków drogą elektroniczną i doręczając w ten sposób wezwanie do uzupełnienia dokumentów zażądał potwierdzenia wiadomości faksem lub na adres e-mail. Co więcej w przedmiotowej sprawie pomimo bezskutecznego upływu terminu zamawiający pismem z dnia 12 kwietnia 2012 r. wyznaczył odwołującemu dodatkowo termin do złożenia dowodów wskazujących, że nie złożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziałów w postępowaniu, o które zamawiający wezwał pismem z dnia 27 lutego 2012 r. wynikało z przyczyn niezależnych po stronie wykonawcy. W zakresie zatrzymania wadium zamawiający uznał, że działał zgodnie z art. 46 ust. 4a Pzp, który stanowi, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas posiedzenia i rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu, zgodnie z treścią siwz, była cena – 100%. Oferta odwołującego, gdyby nie została odrzucona zostałaby sklasyfikowana na 5 pozycji w rankingu ofert (okoliczność niesporna).

Oferty poprzedzające ofertę odwołującego sklasyfikowane na pozycjach od 1 do 4 zostały uznane przez zamawiającego za prawidłowe.

Zamawiający 20 kwietnia 2012 r. poinformował ERBUD o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu jego oferty.

Zważywszy powyższe należy wskazać, iż odwołujący jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, gdyż posiada status wykonawcy, jednak nie jest legitymowany do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z przywołanym przepisem legitymacja czynna do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (przesłanki materialno-prawne wniesienia odwołania).

Zdaniem Izby odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, zatem niewątpliwie ubiegając się, jako wykonawca, o zamówienie w tym postępowaniu ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Do rozstrzygnięcia pozostaje, czy w stanie faktycznym sprawy odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku wskazywanych w odwołaniu naruszeń ustawy.

W tym miejscu zasadne jest wskazanie, że ani w kodeksie cywilnym, ani w 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 rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie - uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są 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.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy wymaga podkreślenia, że powoływane w odwołaniu uchybienia dotyczą badania i oceny oferty odwołującego, która została sklasyfikowana na 5 miejscu w rankingu ofert. W okolicznościach sprawy potwierdzenie się zarzutów odwołania pozostawałoby bez wpływu na możliwość uzyskania przez odwołującego przedmiotowego zamówienia. Odrzucenie oferty, która zostałaby niżej sklasyfikowana, w sytuacji gdyby ERBUD nie podlegał wykluczeniu, w żadnym razie nie wpływa na sferę ochrony interesów odwołującego związanych z ochroną prawa do uzyskania przezeń zamówienia. Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób pozostanie jego oferty w postępowaniu, może skutkować wyrządzeniem mu szkody, skoro jego oferta, mogłaby się uplasować dopiero się na 5 miejscu w zestawieniu ofert.

Nie można się zgodzić również z twierdzeniami odwołującego, który podnosił, że posiada uprawnienie do skorzystania z środka ochrony prawnej w postaci odwołania, gdyż czynności zamawiającego pozbawiły go prawa do merytorycznej oceny jego ofert (bez znaczenia na miejsce klasyfikacji oferty ERBUD w ostatecznym rankingu ofert). Stwierdzić należy, że cena, którą zwiera oferta odwołującego, przesądza o tym, że gdyby wykonawca nie podlegał wykluczeniu jego oferta uplasowałaby się na 5 miejscu, co w konsekwencji nie pozwalałoby wykonawcy uzyskać zamówienia, gdyż oferty sklasyfikowane przez zamawiającego na czterech pierwszych pozycjach zostały uznane za prawidłowe.

Ponadto Izba zwraca uwagę, że pozostałe zarzuty zawarte w odwołaniu, poza zarzutami dotyczącymi wykluczenia ERBUD w udziale w postępowaniu oraz zasadności odrzucenia jego oferty, nie mogą stanowić przedmiotu rozpoznania, gdyż zgodnie z treścią art. 180 ust. 2 Pzp, w przypadku zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wykonawcy nie przysługuje środek ochrony prawnej w postaci odwołania dotyczącego ww. czynności zamawiającego.

Podczas rozprawy strony złożyły następujące dowody:

1. Odwołujący – pismo firmy ASGARD-System z siedzibą w Żorach datowane na 20 kwietnia 2012 r. w którym ww. firma poinformowała, że nie odnalazła na serwerze wiadomości e-mail, która mogłaby być wysłana do ERBUD w dniu 27 lutego 2012 r. przez Urząd Gminy w Gliwicach.
2. Zamawiający:
 - a) Zaświadczenie z wydziału Kadr, Szkoleń i Płac Urzędu Miejskiego w Gliwicach, że Pani Krystyna Pilsyk przebywała na zwolnieniu lekarskim w dniach: 16-20 kwietnia 2012.
 - b) Oświadczenie Danuty Barańskiej – Inspektora Wydziału Inwestycji i Remontów datowane na dzień 4 maja 2012, że w dniu 28 lutego 2012 r. osobiście wysłała drogą elektroniczną (e-mail) wezwania do uzupełnienia dokumentów do 10 wykonawców, w tym do odwołującego.

Jednak biorąc pod uwagę zaprezentowaną przez Izbę argumentację powyższe dowody, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia o zarzutów odwołania.

Reasumując, wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania co najmniej możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, biorąc pod uwagę, iż odwołujący wykazał interes, a nie wykazał możliwości poniesienia szkody, zasadnym jest przyjęcie, że na gruncie badanej sprawy nie jest legitymowany do wniesienia odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli 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).

Przewodniczący