

Sygn. akt: KIO 2277/11

WYROK

z dnia 3 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **WASKO S.A., VIX Technology (Scandinavia) AB, 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6** w postępowaniu prowadzonym przez **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, 40-053 Katowice, ul. Barbary 21a**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **WASKO S.A., VIX Technology (Scandinavia) AB, 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **WASKO S.A., VIX Technology (Scandinavia) AB, 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **WASKO S.A., VIX Technology (Scandinavia) AB, 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6** na rzecz **Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, 40-053 Katowice, ul. Barbary 21a** kwotę **3 904 zł 75 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset cztery złote siedemdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu.

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 Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego z siedzibą w Katowicach wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zaprojektowanie, dostawa, wdrożenie i utrzymanie systemu dynamicznej informacji pasażerskiej oraz dostawa profesjonalnego narzędzia informatycznego wspierającego modelowanie i analizowanie ruchu”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 czerwca 2011, numer ogłoszenia 2011/S118-194782.

W dniu 12.10.2011r. na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczone zostało pismo Zamawiającego (znak pisma PZ.271.13.69.2011.GZ) informujące, że „otwarcie ofert w dniu 12.10.2011 r. nie odbędzie się”.

W tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczone zostało pismo Zamawiającego (znak pisma PZ.271.13.70.2011.GZ) informujące o przedłużeniu terminu składania i otwarcia ofert do 26.10.2011r.

W dniu 17 października 2011 r. Odwołujący - Konsorcjum firm: Wasko S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, VIX Technology (Scandinavia) AB, Arenavagen 29, PO Box 10042, SE-121 26 Stockholm, Szwecja otrzymał pocztą swoją ofertę, zwróconą mu przez Zamawiającego.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 21.10.2011r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od:

- a) czynności modyfikacji treści SIWZ, tj. przesunięcia wyłącznie terminu otwarcia ofert bez jednoczesnego przesunięcia terminu składania ofert, tak że w rezultacie termin otwarcia ofert przypada w inny dzień niż termin składania ofert;
- b) czynności modyfikacji treści SIWZ, tj. przesunięcia terminu składania ofert, dokonanej pomimo że termin składania ofert już upłynął;

c) zaniechania czynności otwarcia ofert we wskazanym w SIWZ terminie otwarcia ofert;

d) czynności zwrotu oferty Odwołującego, pomimo że nie zachodzi żadna ze wskazanych w ustawie sytuacji w której Zamawiający mógłby zwrócić Odwołującemu jego ofertę.

Odwołujący podniósł również, iż odwołanie zostało wniesione również od zaniechania czynności unieważnienia postępowania, pomimo że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższymi czynnościami i zaniechaniami Zamawiającego Odwołujący postawił następujące zarzuty:

a) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 86 ust. 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 182 ust. 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności modyfikacji treści SIWZ, tj. poprzez przesunięcie wyłącznie terminu otwarcia ofert bez jednoczesnego przesunięcia terminu składania ofert, tak że w rezultacie termin otwarcia ofert przypada w inny dzień niż termin składania ofert;

b) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności modyfikacji treści SIWZ, tj. poprzez przesunięcie terminu składania ofert, pomimo że termin składania ofert już upłynął;

c) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 86 ust. 2, 3 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp poprzez zaniechania czynności otwarcia ofert we wskazanym w SIWZ terminie otwarcia ofert;

d) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 84 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności zwrotu oferty Odwołującego, pomimo że nie zachodzi żadna ze wskazanych w ustawie sytuacji w której Zamawiający mógłby zwrócić Odwołującemu jego ofertę.

Alternatywnie, wyłącznie na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp poprzez zaniechanie czynności unieważnienia postępowania, pomimo że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność modyfikacji treści SIWZ, tj. czynność przesunięcia wyłącznie terminu otwarcia ofert bez jednoczesnego przesunięcia terminu składania ofert;
- b) unieważnił czynność modyfikacji treści SIWZ, tj. czynność przesunięcia terminu składania ofert dokonaną pomimo że termin składania ofert już upłynął;
- c) uznał, że termin składania ofert upłynął w dniu 12 października 2011 r. o godz. 10.00;
- d) uznał, że termin otwarcia ofert upłynął w dniu 12 października 2011 r. o godz. 10.30;
- e) niezwłocznie dokonał czynności otwarcia ofert złożonych przed upływem terminu składania ofert, tj. przed godz. 10.00 12 października 2011 r., w tym czynności otwarcia oferty złożonej przez Odwołującego;
- f) unieważnił czynność zwrotu oferty Odwołującego;
- g) uznał, że oferta Odwołującego została skutecznie złożona przed upływem terminu składania ofert, tj. przed godz. 10.00 12 października 2011 r.

Alternatywnie, wyłącznie na wypadek nieuwzględnienia powyższych żądań Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj. ze względu na fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę i ubiega się o zawarcie z nim umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Odwołujący zaznaczył, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę.

Zwrócił uwagę, że gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy i nie przesunął wyłącznie terminu otwarcia ofert bez jednoczesnego przesunięcia terminu składania ofert, nie przesunął terminu składania ofert, pomimo że termin składania ofert już upłynął, dokonał czynności otwarcia ofert we wskazanym w SIWZ terminie otwarcia ofert oraz nie dokonał czynności zwrotu oferty Odwołującego, to po otwarciu ofert mogłoby się okazać, że oferta Odwołującego jest ofertą z najniższą ceną i jako taka mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. W rezultacie Zamawiający udzieliłby przedmiotowego zamówienia Odwołującemu.

Podkreślił, że zaniechanie czynności otwarcia ofert we wskazanym w SIWZ terminie oraz zwrot oferty Odwołującego całkowicie uniemożliwiają wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Nie jest bowiem możliwe wybranie jako najkorzystniejszej takiej oferty, która w ogóle nie została otwarta, a tym bardziej takiej, która została zwrócona wykonawcy.

Tym samym Zamawiający, poprzez wskazane powyżej czynności i zaniechania, pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, doprowadził bowiem do sytuacji, w której oferta Odwołującego nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza oferta. W rezultacie z Odwołującym nie zostanie zawarta umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia a Odwołujący nie osiągnie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 86 ust. 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 182 ust. 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności modyfikacji treści SIWZ, tj. poprzez przesunięcie wyłącznie terminu otwarcia ofert bez jednoczesnego przesunięcia terminu składania ofert, tak że w rezultacie termin otwarcia ofert przypada w inny dzień niż termin składania ofert stwierdził, że zgodnie z art. 86 ust. 2 ustawy Pzp otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia. W jego ocenie w świetle literalnego brzmienia powyższego przepisu otwarcie ofert musi nastąpić tego dnia, w którym upływa termin składania ofert. Nie jest więc możliwe, aby termin otwarcia ofert został ustalony na inny dzień niż termin składania ofert - musi to być ten sam dzień.

Natomiast w kontekście art. 182 ust. 5 ustawy Pzp – według Odwołującego - w razie wniesienia odwołania Zamawiający ma prawo przesunąć termin składania ofert, a w rezultacie takiego przesunięcia winien również przesunąć termin otwarcia ofert, tak aby oba ww. terminy przypadały tego samego dnia, zgodnie z art. 86 ust. 2 ustawy.

Twierdził, że przepis art. 182 ust. 5 ustawy w żadnym wypadku nie pozwala jednak, aby w razie wniesienia odwołania Zamawiający przesunął wyłącznie termin otwarcia ofert, a termin składania ofert pozostawił bez zmian, a wręcz przeciwnie, ww. przepis *expressis verbis* stanowi o przesunięciu terminu składania ofert. Przesunięcie terminu otwarcia ofert może zatem stanowić tylko i wyłącznie konsekwencję przesunięcia terminu składania ofert.

Wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający parokrotnie przesunął termin składania i otwarcia ofert, jednak za każdym razem (za wyjątkiem pisma z dnia 12 października 2011r., znak pisma PZ.271.13.69.2011.GZ) jako nowy dzień otwarcia ofert

Zamawiający prawidłowo wskazywał ten dzień, w którym upływał nowy termin składania ofert. Przykładowo zauważył, że pismem z dnia 18 lipca 2011 r. (znak pisma PZ.271.13.24.2011.GZ) przesunął termin składania i otwarcia ofert, wskazując prawidłowo, że oba przypadają na ten sam dzień, tj. 17 sierpnia 2011 r., ostatnią zaś – zdaniem Odwołującego - skutecznie dokonaną modyfikacją treści SIWZ w zakresie terminu składania i otwarcia ofert była modyfikacja dokonana pismem Zamawiającego z dnia 05 października 2011 r., znak pisma PZ.271.13.66.2011.GZ. Zgodnie z ww. pismem termin składania ofert został przesunięty na dzień 12 października 2011 r., godz. 10.00, a termin otwarcia ofert również na 12 października 2011 r., godz. 10.30.

Wykazywał, że w dniu 12 października 2011 r. na stronie internetowej Zamawiającego przed godziną 10.00 zamieszczone zostało pismo Zamawiającego (znak pisma PZ.271.13.69.2011.GZ) stwierdzające, iż „w związku ze złożonym odwołaniem w ww. postępowaniu Zamawiający informuje, że otwarcie ofert w dniu 12.10.2011 r. nie odbędzie się”. Jednak podkreślił, że ww. pismo nie zawierało żadnej innej informacji, w szczególności nie stwierdzało, że Zamawiający przesunął termin składania ofert, ustalony na dzień 12 października 2011 r., godz. 10.00, a zgodnie z literalnym brzmieniem ww. pisma dotyczyło tylko i wyłącznie otwarcia ofert i zawiadamiało ono wykonawców, że „otwarcie ofert w dniu 12.10.2011 r. nie odbędzie się”.

Z powyższego Odwołujący wnioskował, że ww. pismem Zamawiający:

- nie przesunął terminu składania ofert ustalonego na 12 października 2011 r., godz. 10.00,
- przesunął termin otwarcia ofert, tj. wskazał, że otwarcie ofert nastąpi innego dnia niż 12 października 2011 r., a zatem innego dnia niż dzień, w którym upływał termin składania ofert.

Powyższe postępowanie Zamawiającego ocenił w związku z tym jako niedopuszczalne i rażąco sprzeczne z powołanymi powyżej przepisami.

Uważał, że w związku z wniesionym odwołaniem Zamawiający mógł przesunąć termin składania ofert, czego jednak nie uczynił, lecz przesunął wyłącznie termin otwarcia ofert i to jeszcze w taki sposób, że miał on przypadać innego dnia niż dzień, w którym upływał termin składania ofert.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności modyfikacji treści SIWZ, tj. poprzez przesunięcie terminu składania ofert, pomimo że termin składania ofert już upłynął,

stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający parokrotnie przesunął termin składania i otwarcia ofert, a ostatnią skutecznie dokonaną modyfikacją treści SIWZ w zakresie terminu składania i otwarcia ofert była – według Odwołującego - modyfikacja dokonana pismem Zamawiającego z dnia 05 października 2011 r., znak pisma PZ.271.13.66.2011.GZ. Zgodnie z ww. pismem termin składania ofert został przesunięty na 12 października 2011 r., godz. 10.00, a termin otwarcia ofert również na 12 października 2011 r., godz. 10.30.

Wskazywał, że w dniu 12 października 2011 r. na stronie internetowej Zamawiającego przed godziną 10.00 zamieszczone zostało pismo Zamawiającego (znak pisma PZ.271.13.69.2011.GZ) stwierdzające, iż „w związku ze złożonym odwołaniem w ww. postępowaniu Zamawiający informuje, że otwarcie ofert w dniu 12.10.2011 r. nie odbędzie się”. Zdaniem Odwołującego ww. pismo nie zawierało żadnej innej informacji, w szczególności nie stwierdzało, że Zamawiający przesunął termin składania ofert, ustalony na 12 października 2011 r., godz. 10.00. Uważał przy tym, że zgodnie z literalnym brzmieniem ww. pismo dotyczyło tylko i wyłącznie otwarcia ofert i zawiadamiło ono wykonawców, że „otwarcie ofert w dniu 12.10.2011 r. nie odbędzie się”.

Na tej podstawie stwierdził, że ww. pismem Zamawiający:

- nie przesunął terminu składania ofert ustalonego na 12 października 2011 r., godz. 10.00,
- przesunął wyłącznie termin otwarcia ofert.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający najwyraźniej zdał sobie sprawę z wadliwości i bezprawności powyższych działań, gdyż bezskutecznie usiłował naprawić swój błąd, tj. przesunąć również termin składania ofert.

Wskazał na okoliczność zamieszczenia w dniu 12 października 2011 r. na stronie internetowej Zamawiającego po godzinie 10.00, czyli po upływie terminu składania ofert, kolejnego pisma Zamawiającego (znak pisma PZ.271.13.70.2011.GZ), informującego tym razem o przedłużeniu terminu składania i otwarcia ofert do dnia 26.10.2011r.

Podkreślił, że powyższe pismo, stanowiące modyfikację SIWZ, zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego po godzinie 10.00, czyli po upływie terminu składania ofert, a zatem wprowadzona nim modyfikacja SIWZ została dokonana w sposób sprzeczny z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Zauważył, że po upływie terminu składania ofert nie jest możliwa zmiana treści SIWZ w zakresie terminu składania czy otwarcia ofert. Ze względu na powyższe modyfikację SIWZ dokonaną przez Zamawiającego pismem

PZ.271.13.70.2011.GZ potraktował jako niedopuszczalną i rażąco sprzeczną z powołanymi powyżej przepisami.

Kończąc uzasadnienie powyższego zarzutu Odwołujący odniósł się do pisma Zamawiającego z dnia 14.10.2011, znak pisma PZ.271.13.76.2011.GZ, kierowanego do Odwołującego, w którym Zamawiający stwierdził, że „informacja o przedłużeniu terminu składania ofert ukazała się na stronie internetowej Zamawiającego dnia 12.10.2011 r. o godz. 09.55.”. Odwołujący zaprzeczył powyższemu stwierdzeniu Zamawiającego, bowiem według jego oceny - ww. informacja o przedłużeniu terminu składania ofert została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego nie o godz. 09.55, lecz po godzinie 10.00, czyli po upływie terminu składania ofert.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 86 ust. 2, 3 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp poprzez zaniechania czynności otwarcia ofert we wskazanym w SIWZ terminie otwarcia ofert, stwierdził, że powyższy zarzut jest konsekwencją zarzutu opisanego w pkt 1 odwołania, skoro bowiem Zamawiający nie miał prawa przesunąć wyłącznie terminu otwarcia ofert bez jednoczesnego przesunięcia terminu składania ofert, to otwarcie ofert winno nastąpić w tym samym dniu, co dzień, w którym upłynął termin składania ofert, tj. w dniu 12 października 2011 r. o godz. 10.30. Tymczasem uważał, że Zamawiający bezprawnie zaniechał czynności otwarcia ofert w ww. terminie.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 84 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności zwrotu oferty Odwołującego, pomimo że nie zachodzi żadna ze wskazanych w ustawie sytuacji, w której Zamawiający mógłby zwrócić Odwołującemu jego ofertę, stwierdził, że w dniu 17 października 2011 r. Odwołujący otrzymał pocztą swoją ofertę, zwróconą mu przez Zamawiającego.

Zwrócił uwagę, że w piśmie załączonym do zwróconej oferty (pismo Zamawiającego z dnia 14.10.2011, znak pisma PZ.271.13.76.2011.GZ) Zamawiający stwierdził, że: „w związku z przedłużeniem terminu składania ofert w ww. postępowaniu do dnia 26.10.2011 r. godz. 10.00, KZK GOP jako Zamawiający zwraca w załączeniu Państwa ofertę złożoną dnia 12.10.2011 r. o godz. 09.00 oraz oryginał gwarancji wadialnej.”.

Powyższe postępowanie Zamawiającego oraz jego uzasadnienie Odwołujący ocenił należy jako niedopuszczalne i rażąco sprzeczne z powołanymi powyżej przepisami wskazując dwie sytuacje wymienione w ustawie, kiedy Zamawiający może zwrócić ofertę wykonawcy:

- jeżeli przed upływem terminu do składania ofert wykonawca wycofa ofertę, to zamawiający ma obowiązek mu ją zwrócić,
- jeżeli oferta wykonawcy zostanie złożona po terminie, to zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawcę o złożeniu oferty po terminie oraz zwraca ofertę po upływie terminu do wniesienia odwołania.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie miał zatem żadnych podstaw, aby zwrócić Odwołującemu jego ofertę, a w szczególności taką podstawą nie było i nie jest to, że Zamawiający rzekomo przedłużył termin składania ofert.

Ostatni zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności unieważnienia postępowania, pomimo że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, że powyższy zarzut został postawiony alternatywnie, wyłącznie z ostrożności i wyłącznie na wypadek nieuwzględnienia pozostałych zarzutów odwołania, bowiem w niniejszym postępowaniu Zamawiający dopuścił się szeregu uchybień, które gdyby okazało się, że ich usunięcie nie jest możliwe, konieczne byłoby unieważnienie przedmiotowego postępowania, gdyż wskutek ww. uchybień Zamawiającego obarczone byłoby ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 2.11.2011r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonane modyfikacje tej specyfikacji, złożoną przez Odwołującego ofertę, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez uczestnika i strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszła do przekonania, że wykonawca wnoszący odwołanie nie wypełnia przesłanki z art. 179 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) w zakresie możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów postępowania, co musi skutkować uznaniem braku przysługiwania Odwołującemu środka ochrony prawnej.

Z ustaleń Izby dokonanych na rozprawie wynika, że Odwołujący złożył ponownie ofertę w przedmiotowym postępowaniu w dniu 18.10.2011r., a zatem ma on nadal potencjalną możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Określona w cytowanym wyżej przepisie sytuacja możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów postępowania – według Izby - musi mieć charakter obiektywny i realny oraz pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym.

Zdaniem Izby nie mieści się zatem w dyspozycji tegoż przepisu okoliczność ewentualnego poszerzenia kręgu wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu z powodu zmiany terminu składania ofert, zwiększająca konkurencyjność postępowania i stwarzająca jedynie hipotetyczną możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego w warunkach ewentualnego wyboru innego wykonawcy.

Przede wszystkim należy wskazać, że Odwołujący nie wykazał istnienia adekwatnego związku przyczynowego istniejącego pomiędzy naruszeniem przez Zamawiającego przepisów prawa a możliwością wyrządzenia Odwołującemu szkody. Według Izby mogący powstać łańcuch przyczyn w takiej sytuacji musi w prowadzić do nieuchronnego skutku w postaci wyrządzenia Odwołującemu szkody w przyszłości wskutek naruszeń prawa dokonanych przez Zamawiającego. Podobne poglądy były już wyrażane w judykaturze Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 25 czerwca 2010r., sygn. akt 1081/10, wyrok z dnia 2 sierpnia 2011r., sygn. akt 1576/11).

Nadto Izba stoi na stanowisku, że wykładnia przepisu art. 179 ust.1 musi mieć charakter ścisły i nie może być dokonywana w oderwaniu o systematyki przepisów ustawy Pzp.

Powołany wyżej przepis może mieć zastosowanie jedynie w przypadku niedopuszczenia wykonawcy do prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego lub jego wyeliminowania z tego postępowania wskutek naruszenia przepisów ustawy, co może spowodować wyrządzenie takiemu wykonawcy szkody.

Odmierna interpretacja przepisu art.179 ust.1 ustawy Pzp prowadziłaby do ominięcia przepisu art.7 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi fundament prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i w rezultacie oznaczałaby przyzwolenie prowadzenia postępowań w trybach otwartych z ograniczeniem konkurencyjności.

Ostatecznie należy stwierdzić, że w rozpoznawanej sprawie ewentualne naruszenia prawa przez Zamawiającego nie oznaczają, jak wywodzi Odwołujący, zaniechania czynności otwarcia ofert we wskazanym w SIWZ terminie, a zwrot oferty Odwołującego nie zniweczy całkowicie wyboru oferty najkorzystniejszej. Oferta Odwołującego pomimo, że została zwrócona przez Zamawiającego, a następnie ponownie złożona przez Odwołującego z całą pewnością zostanie otwarta.

Nie jest również oparte na prawdzie twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający, poprzez wskazane powyżej czynności i zaniechania, pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i doprowadził do sytuacji, w której oferta Odwołującego nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza oferta, a w rezultacie z Odwołującym nie zostanie zawarta umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia. Zdaniem Izby Odwołujący składając ponownie ofertę nadal pozostaje wykonawcą przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego oferta może zostać uznana za najkorzystniejszą.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....