

**WYROK**  
**z dnia 25 czerwca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**           **Katarzyna Ronikier-Dolańska**

**Protokolant:**               **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 1 czerwca 2010 r. przez **Masters sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Mickiewicza 21 , 70-383 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Szczecin z siedzibą przy pl. Armii Krajowej 1, 70-458 Szczecin**

przy udziale uczestnika postępowania **Polcourt S.A. z siedzibą przy ul. Gdańskiej 27/31, 01-633 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Masters sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Mickiewicza 21 , 70-383 Szczecin** w ten sposób, że zalicza na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Masters sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Mickiewicza 21 , 70-383 Szczecin** oraz zasądza od **Masters sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Mickiewicza 21 , 70-383 Szczecin** na rzecz **Miasta Szczecin z siedzibą przy pl. Armii Krajowej 1, 70-458 Szczecin** kwotę 482 zł 00 gr. (słownie: czterysta osiemdziesiąt dwa złote zero groszy) stanowiące uzasadnione koszty poniesione przez zamawiającego związane z dojazdem oraz noclegiem.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: 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 Szczecinie**.

.....

## **Uzasadnienie**

Miasto Szczecin zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie w celu zawarcia umowy na budowę tymczasowego boiska do gry w piłkę nożną wraz z niezbędną infrastrukturą przy ul. Pomarańczowej w Szczecinie.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 9 lutego 2010 r. Tego dnia zamawiający zamieścił ogłoszenie o postępowaniu w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 27539-2010, zmienione ogłoszeniem z dnia 16 lutego 2010r. o numerze 31807-2010 oraz ogłoszeniem z dnia 25 lutego 2010 r. o numerze 40657 -2010.

W dniu 27 maja 2010 r. za pośrednictwem faksu zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Polcourt S.A.

Dnia 1 czerwca 2010 r. odwołujący wniósł odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując zamawiającemu tego samego dnia (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą).

Odwołanie zostało złożone wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego, wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, a złożonej przez Polcourt S.A. oraz zaniechania odrzucenia oferty Prestige sp. z .o.o., którym to rozstrzygnięciem zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez:

- odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż nie zachodziły podstawy do uznania złożonej oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia

ewentualnie

- zaniechanie wezwania odwołującej do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp o dokument - próbkę oferowanej trawy (w rozumieniu rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane) oraz o dokument tj. aprobatę lub rekomendację ITB (Instytut Techniki Budowlanej) lub inne wyniki badań potwierdzający parametr grubości włókna mierzonej w jego środkowej części: minimum 220 mikronów.

W wyniku opisanych powyżej naruszeń odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,
- unieważnienia czynności wyboru oferty Polcourt S.A.,
- powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez uznanie, że oferta odwołującego jest najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł także o przyznanie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa pełnomocnika według spisu kosztów przedłożonych na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołujący uznał za bezpodstawne odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podniósł, iż w Rozdziale XV specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej „siwz” (po modyfikacji dokonanej dnia 15 lutego 2010 r.) zamawiający opisał przedmiot zamówienia wskazując m.in. na parametry trawy syntetycznej w tym na grubość włókna mierzona w jego środkowej części - minimum 220 mikronów. Na potwierdzenie spełniania przez oferowany produkt oczekiwań zamawiającego do oferty zgodnie z Rozdziałem V pkt. 6 ppkt. 4-6 należało dołączyć:

1. aprobatę lub rekomendację ITB (Instytut Techniki Budowlanej) lub inne wyniki badań potwierdzające parametry oferowanej nawierzchni, atest higieniczny oraz kartę techniczną dla sztucznej trawy zgodnie z wymogami technicznymi żądanymi przez zamawiającego,
2. certyfikat FIFA 2 Star dla obiektu, na którym zainstalowano oferowany system nawierzchni,

3. próbkę trawy syntetycznej o rozmiarze nie większym niż format A4, a umożliwiającym zweryfikowanie parametrów żądanej nawierzchni, w celu potwierdzenia, że oferowana nawierzchnia odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Wyjaśnił, iż wymagane dokumenty zostały do jego oferty załączone. Jednocześnie do oferty dołączono próbkę oferowanej nawierzchni tj. Prestige XM 60. Argumentował, iż przedłożone wraz z ofertą dokumenty potwierdzały, że parametry oferowanej nawierzchni spełniają oczekiwania zamawiającego wyartykułowane w siwz. Stwierdził, iż nawet jeśli z Rekomendacji Technicznej ITB nie wynikał oczekiwany parametr nawierzchni w postaci grubości włókna mierzonej w jego środkowej części minimum 220 mikronów to zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp powinien wezwać do uzupełnienia oferty w tym zakresie. Wyraził ponadto pogląd, iż zamawiający błędnie przyjął, iż zaoferowana przez niego nawierzchnia nie spełniała wymagań w zakresie ciężaru włókna dtex i ciężaru całkowitego nawierzchni.

Wskazał, iż ustaleń tych zamawiający dokonał na podstawie „Opinii technicznej” sporządzonej przez Aleksandrę Stodulną prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Botanika-Architektura Krajobrazu, z której – zdaniem odwołującego - nie wynika w jaki sposób przeprowadzono powyższe badania. Zwrócił uwagę, iż „Opinia techniczna” nie zawiera w tym zakresie wyczerpujących informacji. Podniósł wątpliwości co do jej wiarygodności argumentując, iż do oferty dołączył badania przeprowadzone przez ITB w Warszawie, z których niezbiecie wynika, że oferowany produkt spełnia oczekiwania zamawiającego. Kwestionował zasadność powoływania się na opinię biegłego wyjaśniając, iż de facto to sporządzający opinię dokonał rozstrzygnięcia postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty, która to czynność zastrzeżona jest dla członków komisji przetargowej oraz kierownika zamawiającego. Dodał, iż przedstawiona opinia techniczna winna zostać poddana analizie przez członków komisji przetargowej w kontekście wszystkich pozostałych elementów składanych ofert. Podniósł, iż nawet gdyby przyjąć, iż rzeczywiście przedstawiona próbka nie potwierdza cech i parametrów oczekiwanych przez zamawiającego to winien on wezwać odwołującą do uzupełnienia złożonej oferty, gdyż zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane zwanego dalej „rozporządzeniem” próbka oferowanej nawierzchni jest traktowana jako dokument służący potwierdzeniu, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W rezultacie w sytuacji, gdy analiza próbki nie potwierdziła spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego, aktualizuje się konieczność wdrożenia

postępowania opisanego w art. 26 ust. 3 Pzp tj. wezwania do uzupełnienia złożonej oferty o dokumenty przedmiotowe - w tym przypadku o próbkę nawierzchni.

Do odwołania załączył sporządzoną na podstawie art. 181 ust. 1 Pzp „*Informację o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy*”, w uzasadnieniu której zwrócił uwagę, iż zamawiający bezprawnie - w jego ocenie – zaniechał wezwania Polcourt S.A. i Prestige sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz zaniechał odrzucenia złożonych przez tych wykonawców ofert.

W dniu 4 czerwca 2010 r. Polcourt S.A. z siedzibą przy ul. Gdańskiej 27/31, 01-633 Warszawa (zwany dalej „przystępującym”) – w odpowiedzi na wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazanym przez zamawiającego w dniu 2 czerwca 2010 r. – zgłosił Prezesowi Izby przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przekazując dnia 4 czerwca 2010 r. kopię zgłoszenia faksem zamawiającemu i odwołującemu.

Zamawiający pismem z dnia 15 czerwca 2010 r. poinformował odwołującego, iż nie uwzględnił zarzutów podnoszonych przez niego w „*Informacji o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy*”, o czym poinformował Izbę w datowanej na 16 czerwca 2010 r. odpowiedzi na odwołanie (wpływ do Izby 18 czerwca 2010 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności postanowienia siwz, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz.1778) w sprawie znajdują zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu znowelizowanym.

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie rozpoznając odwołanie z pominięciem zarzutów dotyczących bezpodstawnego dokonania wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej i zaniechania jej odrzucenia oraz zaniechania odrzucenia ofert Prestige sp. z o.o., gdyż dotyczą one innych czynności niż wymienione w art. 180 ust.2 ustawy. Zatem przedmiotowe odwołanie może zostać rozpoznane wyłącznie w zakresie dotyczącym zasadności odrzucenia oferty odwołującego w pozostałym zakresie pozostając bez merytorycznego rozstrzygnięcia.

Izba stwierdza, że odwołujący nie legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z przywołanym przepisem, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Należy zwrócić uwagę, iż odwołujący nie musi wykazywać, iż ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia - wystarczające jest, iż miał interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp mógł ponieść szkodę.

Izba podziela stanowisko odwołującego, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, która w wyniku oceny dokonanej przez zamawiającego, została - jak twierdzi odwołujący – odrzucona z naruszeniem przepisów ustawy.

Do rozstrzygnięcia pozostaje, czy spełniona jest także w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy druga przesłanka legitymacji czynnej, ponieważ w koniunkcji z interesem wykonawca musi wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Na aprobatę zasługuje pogląd przystępującego, iż odwołujący nie wykazał, iż poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Przed wszystkim należy zauważyć, iż 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.

Odnosząc powyższe 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 odrzucenia jego oferty z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością została by zawarta z nim umowa, a tym samym wskutek naruszenia ustawy może ponieść szkodę. Argumenty podnoszone przez odwołującego, że gdyby wykonawcy sklasyfikowani na pozycjach 1. i 2. uchylili się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający będzie mógł wybrać jego ofertę jako najkorzystniejszą w trybie art. 94 ust. 3 Pzp należy uznać za nieuzasadnione. Powyższy przepis stanowi o uprawnieniu zamawiającego we wskazanych w nim okolicznościach do wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, a przystępujący – jak oświadczył na rozprawie – pozostaje w gotowości do zawarcia umowy. Także podniesiona w odwołaniu teza, że odwołujący może ponieść szkodę, gdyż w przypadku unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający powtórzy czynność oceny ofert i możliwym będzie wówczas wygranie postępowania przez odwołującą się spółkę i zawarcie z nią umowy nie jest wystarczająca do wykazania możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego ustawy. Odwołujący nie bierze bowiem pod uwagę, iż zamawiający nie uwzględnił zastrzeżeń odwołującego zgłoszonych w trybie art. 181 ust. 1 ustawy.



W świetle powyższego - w ocenie Izby – odwołujący wykazał co najwyżej szkodę ewentualną, która 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 określonego w art. 94 ust. 1 Pzp. Wnosząc odwołanie w tym okresie 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. W okresie *standstill* natomiast odwołujący nie udowadnia poniesienia szkody, ponieważ jest to okres zawieszenia, umożliwiający 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 w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy na nieuprawdopodobnione okoliczności zastosowania przez zamawiającego art. 94 ust. 3 Pzp stanowić może jedynie – jak wyżej wskazano - okoliczność poniesienia szkody ewentualnej w sytuacji, gdy oferta odwołującego mogłaby być sklasyfikowana na trzeciej pozycji. Trudno także stwierdzić normalny (adekwatny) związek przyczynowy pomiędzy nieuzasadnionym odrzuceniem oferty, a możliwością poniesienia szkody wskutek uchylecia się przez dwóch wykonawców od podpisania umowy i hipotetycznej możliwości zaproponowania zawarcia umowy odwołującemu. Za typową należy uznać sytuację, gdy umowa jest zawierana z wykonawcą, którego oferta została wybrana, odstępstwo od reguły natomiast stanowi uchylanie się przez dwóch kolejnych wykonawców od zawarcia umowy. Ponadto nie zostały powołane przesłanki, które by wskazywały, iż zamawiający wówczas zaproponowałby zawarcie umowy odwołującemu.

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 wykazał interes, 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 odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień § 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

.....