

Sygn. akt: KIO 1389/11

WYROK
z dnia 11 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2011 r. przez wykonawcę **Energomontaż-Południe Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Mickiewicza 15, 40-951 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Elektrownia „Kozienice” SA z siedzibą w Kozienicach, Świerże Górne, gmina Kozienice, 26-900 Kozienice**

przy udziale wykonawcy **Polimex-Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Przemysłowa 30, 00-450 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Energomontaż-Południe Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Mickiewicza 15, 40-951 Katowice** i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy) uiszczoną przez wykonawcę **Energomontaż-Południe Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Mickiewicza 15, 40-951 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,

2.2) zasądza od odwołującego **Energomontaż-Południe Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Mickiewicza 15, 40-951 Katowice** na rzecz zamawiającego **Elektrownia „Kozienice” SA z siedzibą w Kozienicach, Świerże Górne, gmina Kozienice, 26-900 Kozienice** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Elektrownia „Kozienice” SA z siedzibą w Kozienicach, Świerże Górne, gmina Kozienice, 26-900 Kozienice wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Remont i modernizacja kotła OP-650 na bloku nr 4«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

08.01.2011 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2011/S 5-007026.

13.05.2011 r. KIO wydała wyrok sygn. akt 800/11.

23.05.2011 r. wykonawca Energomontaż-Południe Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Mickiewicza 15, 40-951 Katowice wyraził zgodę na przedłużenie gwarancji wadialnej.

30.05.2011 r. (pismo z 26.06.2011 r.) zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Energomontaż-Południe Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Mickiewicza 15, 40-951 Katowice;

13.06.2011 r. zamawiający przekazał wykonawcy Energomontaż-Południe 2 egzemplarze umowy do podpisu.

16.06.2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę Energomontaż-Południe do podpisania umowy do 20.06.2011 r.

16.06.2011 r. wykonawca Energomontaż-Południe wezwał do zmiany terminu wykonania umowy.

17.06.2011 r. zamawiający odmówił zmiany terminu wykonania umowy.

17.06.2011 r. wykonawca Energomontaż-Południe stwierdził, że pierwotny termin wykonania umowy jest obiektywnie niemożliwy do dotrzymania.

20.06.2011 r. zamawiający dokonał wyboru, zgodnie z art. 94 ust. 3 Pzp wykonawcy Polimex-Mostostal SA z siedzibą w Warszawie, ul. Przemysłowa 30, 00-450 Warszawa.

30.06.2011 r., zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp, wykonawca Energomontaż-Południe Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Mickiewicza 15, 40-951 Katowice wniósł do Prezesa KIO odwołanie wobec: niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, polegającej na wyborze oferty Polimex-Mostostal SA w związku z tym, że zdaniem zamawiającego Energomontaż-Południe SA uchylił się od zawarcia umowy będącej przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający powołał się na art. 94 ust. 3 Pzp .

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 94 ust. 3 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na błędnym uznaniu, że odwołujący uchylił się od zawarcia umowy, a tym samym zasadnym jest dokonanie wyboru oferty Polimex-Mostostal SA, podczas gdy odwołujący dążył jedynie do prawidłowego dokonania czynności zawarcia umowy z zamawiającym;
- 2) art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kc, przez jego niezastosowanie, a w rezultacie całkowite pominięcie przez zamawiającego, że umowa którą chciał zawrzeć z odwołującym, a także umowa którą chce zawrzeć na mocy zaskarżonej czynności, obejmują w istocie świadczenie niemożliwe, w związku z określonymi w nich terminami realizacji zamówienia, czemu chciał zapobiec odwołujący, a co zamawiający błędnie zinterpretował, jako uchylenie się od zawarcia umowy.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienia odwołania;
- 2) unieważnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą czynności zamawiającego z dnia 20 czerwca 2011 r.;
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty odwołującego, a następnie zawarcie umowy z uwzględnieniem przesunięcia terminu realizacji poszczególnych etapów prac, przy zawieraniu umowy, w związku z okolicznością za którą odpowiedzialności nie ponosi odwołujący, lecz zamawiający, to jest toczącym się uprzednio postępowaniem odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. akt KIO 800/11).

Argumentacja odwołującego: Pismem z 20 czerwca 2011 r. zamawiający zawiadomił odwołującego się o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający w przedmiotowym piśmie poinformował odwołującego, że w związku z uchyleniem się od zawarcia umowy przez wykonawcę Energomontaż-Południe SA, na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp, zamawiający dokonał wyboru oferty

wykonawcy Polimex-Mostostal S.A., jako kolejnej najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako podstawę prawną zamawiający wskazał art. 94 ust. 3 Pzp, a jako podstawę faktyczną – uchylanie się wybranego wykonawcy od zawarcia umowy pomimo wezwań i wyznaczenia ostatecznego terminu podpisania umowy na 17.06.2011 r. do 14:00. Zamawiający wskazał, że w rankingu ofert kolejną najkorzystniejszą ofertą jest oferta wykonawcy Polimex-Mostostal SA.

Dowód: Pismo zamawiającego z 20 czerwca 2011 r.

Wskazane przez zamawiającego okoliczności są nieprawdziwe. Odwołujący w żaden sposób nie uchylał się od zawarcia umowy z zamawiającym, a twierdzenia zamawiającego w tym zakresie są całkowicie bezzasadne.

Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że odwołujący w jakikolwiek sposób uchylał się od zawarcia umowy.

Pierwotnie oferta Energomontażu-Południe SA została przez zamawiającego odrzucona w związku z czym zostało wniesione odwołanie z 14 kwietnia 2011 r., w którym zaskarżono m.in. czynność zamawiającego odrzucającą wyżej wymienioną ofertę. W sprawie tej został wydany wyrok z 13 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 800/11) zgodnie, z którym Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności zamawiającego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Dowód: Pismo zamawiającego z 7 kwietnia 2011 r.

Odwołanie z 14 kwietnia 2011 r.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 maja 2011 r.

W związku ze wskazanym wyrokiem, po powtórzeniu czynności badania i oceny, jako najkorzystniejsza oferta została wybrana oferta Energomontaż-Południe SA

Odwołujący został o tym fakcie poinformowany pismem z 26 maja 2011 r., które wpłynęło do niego 30 maja 2011 r. Jednocześnie w treści pisma znalazło się zdanie mówiące o planowanym terminie zawarcia umowy między stronami, które nie zawierało jednak wskazania daty, a jedynie zastrzeżenie, że będzie ona uwzględniać ustawowe terminy do wniesienia odwołania od dokonanego wyboru.

Dowód: Pismo zamawiającego z 26 maja 2011 r.

Obecnie terminy wynikające ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: specyfikacja) oraz projektu umowy, zawartych w ofercie odwołującego, nie mogą być już dotrzymane, z przyczyn niezależnych od odwołującego, przede wszystkim zaś z uwagi na to, że w dacie początkowej nie doszło jeszcze do zawarcia umowy na wykonanie zamówienia.

Ostateczna data zawarcia umowy ma zaś istotne znaczenie dla wzajemnych praw i obowiązków stron. Należy bowiem mieć na uwadze, że w treści złożonej oferty wykonawcy

Energomontaż-Południe SA założyła, że umowa podlegać będzie realizacji od 30 maja 2011 r. do 2 listopada 2011 r.

W chwili obecnej termin ten nie może być już dotrzymany z przyczyn niezależnych od odwołującego, przede wszystkim zaś z uwagi na to, że w toku uprzedniego postępowania zamawiający dokonał wadliwej czynności wyboru ofert, która została zaskarżona przez odwołującego. W związku z powyższym odwołujący sugerował zawarcie umowy, przy jednoczesnym zawarciu aneksu do umowy, który będzie określał termin jej realizacji, z uwzględnieniem przytoczonych zdarzeń.

Zaproponowano zmianę terminu końcowego realizacji umowy na 15 grudnia 2011 r. Zamawiający nie wyraził zgody na wprowadzenie zmian w terminie realizacji zamówienia.

Dowód: Pismo zamawiającego z 26 maja 2011 r.

Pismo wykonawcy z 16 czerwca 2011 r.

Pismo zamawiającego z 17 czerwca 2011 r.

Zgodnie z punktem 16 specyfikacji, podpisanie umowy miało nastąpić do 15 marca 2011 r. Termin ten wynikał z przewidywanego harmonogramu przetargu.

Dowód: Specyfikacja

Z kolei w ofercie z 28 lutego 2011 r. Energomontaż-Południe SA wskazał w punkcie 13, że termin realizacji zamówienia nastąpi od 30 maja 2011 r. do 2 listopada 2011 r. (tak samo – pkt 5.1 specyfikacji). Termin określony na 30 maja 2011 r. był terminem fizycznego rozpoczęcia prac i wynikał ze specyfikacji, gdyż zgodnie z pkt 11.1 specyfikacji „Wykonawca jest związany ofertą przez 60 dni, a bieg tego terminu rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert...”. Zgodnie natomiast z pkt 13.1.1 specyfikacji termin składania ofert mijał 21 lutego 2011 r. (a faktycznie dnia 1 marca 2011 r.). W tej procedurze termin rozpoczęcia prac ustalony na 30 maja 2011 r. był jak najbardziej realny.

Dowód: Formularz oferty z 28 lutego 2011 r., Nr 2011/OFK/00020 nr sprawy: 04.1.02378.

Tymczasem zamawiający wezwał odwołującego do podpisania umowy do 17 czerwca 2011 r., do 14:00. Po czym zamawiający dokonał wyboru oferty Polimex-Mostostal SA, czynnością od której wnoszone jest odwołanie.

Odwołujący proponował zmianę terminu realizacji umowy na okres od podpisania umowy do 15 grudnia 2011 r.

Dowód: Pismo wykonawcy z 16 czerwca 2011 r.

Odwołujący w żadnym wypadku nie uchylał się od zawarcia umowy z zamawiającym. Przeciwnie – to zamawiający przy zakreślaniu terminu do wykonania umowy nie wziął pod uwagę

przedłużającej się procedury przetargowej, za którą ponosił odpowiedzialność, wobec uprzednich wadliwych czynności, których dokonał w postępowaniu, co wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 13 maja 2011 r.

Odwołujący dowiedział się o wyborze swojej oferty dopiero 30 maja 2011 r., przy czym w dacie tej nie poznał jeszcze nawet terminu zawarcia umowy dotyczącej zamówienia. W tym wypadku wykonanie umowy w pierwotnie określonym terminie, czyli *de facto* od 30 maja 2011 r. było i jest niemożliwe.

Wyznaczony przez zamawiającego termin jest terminem całkowicie niemożliwym do dotrzymania przez odwołującego, jak i każdego z innych wykonawców, którzy biorą udział w postępowaniu, gdyż nie uwzględnia wcale skrócenia terminu realizacji umowy, o czas trwania postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. W związku z toczącym się postępowaniem przed Krajową Izbą Odwoławczą pierwotnie wskazany termin zawarcia i wykonania umowy przez odwołującego, jest niemożliwy do spełnienia.

Zamawiający powinien uwzględnić czas toczącego się postępowania odwoławczego, w tym bowiem momencie nie było możliwości wykonywania przedmiotowej umowy, przy tak zakreślonych terminach. W związku z czym zamawiający żądał w istocie spełnienia świadczenia niemożliwego. Niemożliwym jest bowiem wykonanie przedmiotu umowy wstecz (tj. zawarcie w czerwcu umowy, która podlegać miała realizacji od maja). Trudno nazwać zastrzeżenia odwołującego w tym względzie za uchylanie się od zawarcia umowy. Odwołujący proponował zamawiającemu odpowiednią modyfikację umowy, co dopuszczała specyfikacja, jednakże nie spotkało się to ze strony zamawiającego z aprobatą.

Zgodnie z dominującymi w doktrynie poglądami uchylanie się od zawarcia umowy to tylko bezpodstawną odmowa zawarcia umowy przyrzeczonej. Uchylanie się od zawarcia umowy przyrzeczonej, będące przejawem niewykonania umowy przedwstępnej, powinno więc być rozumiane jako świadome działanie lub zaniechanie, zmierzające do bezpodstawnego niezawarcia umowy przyrzeczonej, a przynajmniej godzenie się z takim skutkiem. Analogiczna sytuacja nie występuje w rozpoznawanej sprawie, gdyż wykonawca w żadnym wypadku nie zmierzał do bezpodstawnego niezawarcia umowy z zamawiającym. Wręcz przeciwnie – odwołujący proponował zawarcie umowy, z tym że dążył do wprowadzenia w niej zmian, konwalidujących tę czynność.

Zgodnie § 12 ust. 1 umowy stanowiącej załącznik do oferty: „Każda zmiana postanowień umowy może nastąpić jedynie na piśmie, za zgodą stron, w formie aneksu do umowy pod rygorem nieważności”. Natomiast § 12 ust. 2 umowy: „Wszelkie istotne zmiany niniejszej umowy wymagają pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej i muszą być podpisane przez obie strony, przy czym dopuszcza się istotne zmiany umowy jedynie w przypadku, gdy zajdzie okoliczność uzasadniająca zmiany terminu realizacji zamówienia lub zaistnienia konieczności wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w

chwili zawarcia umowy, zmiany te są korzystne dla zamawiającego lub wynikają z wprowadzenia nowych stawek podatku od towarów i usług (VAT)".

Możliwa jest więc zmiana terminu realizacji umowy za obopólną zgodą. Ponadto wskazać należy, że zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 387 § 1 Kc umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Dążenie odwołującego do aneksowania umowy nie może być więc tłumaczone jako uchylanie się od zawarcia umowy, a wyłącznie jako próba jej konwalidacji na umowę ważną a następnie prawidłowe jej wykonanie.

Dowód: Wzór umowy stanowiący załącznik do oferty

30.06.2011 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

01.07.2011 r. zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

04.07.2011 r. (poniedziałek) wykonawca Polimex-Mostostal złożył:

1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu

– zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego (art. 185 ust. 2 Pzp).

01.07.2011 r. zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy (art. 183 ust. 2 i 6 Pzp).

06.07.2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza odmówiła uchylenia zakazu zawarcia umowy – KIO/W 22/11 (art. 183 ust. 4 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający Izby postanowił dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

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

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

Środki ochrony prawnej przewidziane w Dziale VI ustawy (art. 179-198g Pzp) przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi. W art. 2 pkt 11 Pzp jest zdefiniowane 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 niezależnie od formy organizacyjnej podmiotu, status wykonawcy zawsze łączy się z jego uczestnictwem w procedurze udzielania zamówienia publicznego. Nie jest możliwe uznanie za wykonawcę podmiotu, który nie jest związany z danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i 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.

Nie jest także możliwe uznanie za inny podmiot wykonawcy, który ze względu na swoje zachowanie lub zaniechanie przestał być wykonawcą.

Zgodnie z regulacją art. 179 ust. 1 Pzp 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.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że w rozpoznawanym postępowaniu jest innym podmiotem niż wykonawca, a w zakresie posiadanego interesu w uzyskaniu zamówienia wskazuje, że odwołujący nie wykazał że posiada interes skoro nie zamierza zawrzeć umowy zgodnie z jej wszystkimi postanowieniami i zamierza zmienić termin zakończenia wykonania umowy.

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 tej przesłanki powoływanie się odwołującego na interes o charakterze uniwersalnym, sprowadzający się w ogólności do reagowania i zaskarżania środkami ochrony prawnej każdej sytuacji i przez każdego kto uznaje, że zamawiający prowadzi postępowanie z naruszeniem przepisów ustawy.

W rozpoznawanym stanie faktycznym zgodnie z art. 85 ust. 2 i 4 Pzp (w szczególności) wykonawca samodzielnie może przedłużyć termin związania ofertą, ale przedłużenie tego terminu jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium. Natomiast sama czynność przedłużenia okresu ważności wadium nie jest równoznaczna z przedłużeniem okresu ważności wadium i złożeniem oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. W rozpoznawanej sprawie, wykonawca złożył 23 maja 2011 r. gwarancję zapłaty wadium na okres od 3 maja do 25 lipca 2011 r. (nr 02GG12/0153/11/0019) jednak w ślad za tym pismem nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą.

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 Pzp podkreślenia wymaga, że szkoda musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, co oznacza, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy. Konieczne jest tym samym wykazanie przez odwołującego, że 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.

Korzystając ze środków ochrony prawnej w ustawowym okresie, odwołujący powinien wykazać możliwość poniesienia szkody wskutek wyboru przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, zgodnie z art. 94 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wniósł do zamawiającego w terminie, w którym zamawiający żądał zawarcia umowy, propozycję zmiany postanowień umowy dotyczących terminu wykonania umowy wskazując, że umowa z pierwotnymi terminami wykonania umowy nie jest możliwa do realizacji i nie podpisał umowy w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Tym samym odwołujący wykazał, że przestał mieć interes w uzyskaniu zamówienia oraz nie wykazał, że

poniósł lub może ponieść szkodę, a więc nie spełnia przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 Pzp.

Wobec faktu, że art. 179 ust. 1 Pzp wymaga od wykonawcy (lub innego podmiotu) wykazania, że ma lub miał interes 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 wymienionych przesłanek Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: