

Sygn. akt: KIO 1989/12

WYROK
z dnia 2 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2012 r. przez Astra Concept Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie,

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Astra Concept Sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Astra Concept Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

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 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 Warszawie.

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę w latach 2012-2013 automatycznych przyrządów rozpoznania skażeń chemicznych w ilości 96 kompletów.

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 26.06.2012 r. w Dz. Urz. UE Nr 2012/S 120-199038.

W dniu 07.09.2012 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego rozstrzygnięciu, w tym o wyborze oferty Environics OY w Mikkeli, Finlandia (zwanej dalej „Environics”), jako najkorzystniejszej, a także o odrzuceniu oferty Astra Concept Sp. z o.o. w Warszawie (zwanej dalej „Astra”) jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W dniu 17.09.2012 r. Astra wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie odwołanie względem:

1. zaniechania wykluczenia z postępowania Environics,
2. zaniechania odrzucenia oferty Environics,
3. wyboru oferty Environics,
4. zaniechania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia;

czym zamawiający miał naruszyć art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W związku z powyższym wniesiono o:

- unieważnienie czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty,
- dokonanie powtórnej oceny ofert - odrzucenie oferty Environics i wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu,
- unieważnienie Postępowania.

Odnosnie wykazania uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie, odwołujący wskazał, iż w związku z faktem odrzucenia jego oferty przez zamawiającego, „utracił co prawda przymiot wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, zachował jednakże przymiot innego podmiotu, który miał interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym dyspozycja art. 179 ust. 1 Pzp została spełniona”.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wskazano, iż odwołujący zarzuca zamawiającemu popełnienie błędów w trakcie badania i oceny oferty złożonej przez Environics, które skutkować muszą unieważnieniem decyzji o wyborze oferty tej firmy, a w konsekwencji - z uwagi na fakt odrzucenia ofert złożonych przez dwóch pozostałych wykonawców - unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia. Kolejne zarzuty względem oferty i udziału Environics w postępowaniu opisano następująco:

I. Brak dołączenia kopii koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu wyrobami będącymi przedmiotem niniejszego postępowania.

Przygotowane przez Zamawiającego ogłoszenie o Postępowaniu (Ogłoszenie) oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wskazywały jako jeden z warunków udziału w Postępowaniu odpowiednio w pkt III.2.1) ppkt 3 Ogłoszenia i pkt VI (str. 2) SIWZ obowiązek posiadania i złożenia wraz z ofertą: „koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu wyrobami będącymi przedmiotem niniejszego postępowania a określonymi w WT XIV pkt. 13 Załącznika nr 2 Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub

policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja" (Dz. U. z 2001 r. Nr 145, poz. 1625, z późn. zm.).

Wykonawca ENVIRONICS OY złożył w ofercie jedynie dokument zawierający oświadczenie tego wykonawcy, że:

1. (str. 1a oferty), spełnia wymagania odnośnie „posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania"
2. (str. 5a oferty) ma zezwolenie na produkcję i obrót urządzeniami takimi jak Chempro 100i oferowanymi w Polsce..."

W związku z powyższym, Zamawiający pismem z dnia 03.08.2012 r. wezwał tego wykonawcę min. do uzupełnienia dokumentów dotyczących: „zezwolenia na produkcję i obrót urządzeniami Chem Pro 100i".

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca ENVIRONICS OY stwierdził (str. 1 uzupełnienia), że w Finlandii „nie wydaje się specjalnych ogólnych licencji na obrót specjalny z uwagi na fakt, że każdy eksport wymaga każdorazowej zgody Fińskiego Ministerstwa Obrony lub rządu...". Do powyższego oświadczenia zostały załączone dokumenty m.in. stwierdzające, że wg fińskich sił zbrojnych spółka ENVIRONICS OY nie potrzebuje specjalnej koncesji na wytwarzanie ani sprzedaż sprzętu wojskowego z uwagi na fakt konieczności posiadania każdorazowego zezwolenia na eksport. Takie oświadczenie wykonawcy nie powinno być uznane przez Zamawiającego za prawidłowe z uwagi na fakt, że dokument koncesji został wskazany w przepisie § 1 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U z 2009 r., nr 226, poz. 1817) jako dokument, który, w odróżnieniu od dokumentów wskazanych w określonych punktach § 2 tego rozporządzenia, nie może być zastąpiony przez jakikolwiek dokument pochodzący z kraju pochodzenia wykonawcy czy też oświadczenie tego wykonawcy. Zatem żaden z dokumentów złożonych przez ENVIRONICS OY w tym Postępowaniu nie jest dokumentem wymaganym przez Zamawiającego w Ogłoszeniu oraz w SIWZ na podstawie polskich przepisów prawa. Ustawa z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. z dnia 29 czerwca 2001 r.) (Ustawa) oraz wydane

na jej podstawie Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja. (Dz. U. z dnia 18 grudnia 2001 r.) nie pozostawiają wątpliwości, że dla prowadzenia działalności w zakresie objętym zamówieniem wymagane jest posiadanie przez wykonawcę koncesji wydanej w formie decyzji przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych zwanego organem koncesyjnym. Przed udzieleniem koncesji organ koncesyjny jest obowiązany lub może zasięgnąć opinii ministra właściwego do spraw gospodarki, Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego i właściwego komendanta wojewódzkiego Policji. Ponadto wskazujemy, że, zgodnie z art. 36 tej ustawy zawartym w Rozdziale 6 Ustawy: „Kto wykonuje działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania lub obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją albo wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym bez koncesji lub wbrew warunkom określonym w koncesji, albo nie dopełnia obowiązku oznakowania broni palnej lub pojedynczego, podstawowego opakowania amunicji, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10”.

Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (VI SA/Wa 2295/06) z dnia 27.02.2007 r. : „Na urządzenie do sygnalizowania skażeń chemicznych i promieniotwórczych potrzebna jest koncesja jeszcze przed dokonaniem jego kalibracji i montażu na wozie docelowym”.

Z kolei w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (VI SA/Wa 1736/07) z dnia 19.12.2007 r.: „Rażącem naruszeniem warunków koncesji w rozumieniu art. 17 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. Nr 67, poz. 679 ze zm.) jest prowadzenie koncesjonowanej działalności z naruszeniem zasad podejmowania i wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej, określonych w ustawie z dnia 22 czerwca 2001 r.

o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o

przeznaczeniu wojskowym i policyjnym, to jest: art. 6 ust. 1 poprzez prowadzenie działalności poza zakresem posiadanej koncesji".

Reasumując, niezłożenie przez wykonawcę ENVIRONICS OY wymaganego przez przepisy prawa oraz przez samego Zamawiającego dokumentu koncesyjnego prowadzić winno do uznania, że wykonawca ENVIRONICS OY nie potwierdził spełnienia wymaganego warunku udziału w Postępowaniu i w konsekwencji winien być na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wykluczony z Postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Ponadto w związku z faktem, że wykonawca ten był już wezwany do uzupełnienia dokumentu ponowne wezwanie go jest niemożliwe.

II. Niewykazanie wymaganego doświadczenia

Zamawiający - w pkt III.2.3 ppkt 1 Ogłoszenia oraz w pkt VI. 1 SIWZ - wymagał posiadania doświadczenia wyrażającego się wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem: „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, dwie (2) dostawy co najmniej 10 szt. wyrobu odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, każda o wartości co najmniej 500 000,00 PLN (słownie: pięćset tysięcy złotych 00/100). Zamawiający oświadczył, że dokona oceny spełnienia wyżej wymienionego warunku na podstawie złożonych wraz z ofertą oświadczeń i dokumentów wymienionych w Sekcji III.2.1 Ogłoszenia i pkt VI 1. SIWZ t.j. wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotów, dat wykonania (miesiąc i rok) i odbiorców wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Wykonawca ENVIRONICS OY zawarł w złożonej przez siebie ofercie wykaz zrealizowanych dostaw (str. 3a oferty) nie wskazując w przedmiocie żadnej z uwidocznionych dostaw ich ilości, w kolumnie odbiorca wpisując jedynie państwo lub część świata, w którym zrealizowano dostawę, w dacie wykonania jedynie rok lub przedział lat, a w kolumnie dotyczącej wartości podał jedynie bardzo orientacyjne wartości, uniemożliwiając tym samym stwierdzenie spełnienia warunku udziału w

Postępowaniu. Tym samym oświadczenie wykonawcy EIWIRONICS OY o zrealizowaniu dostaw wykonane zostało niezgodnie z wymaganiami i wzorem Zamawiającego (wzór - załącznik nr 6 do SIWZ) ponieważ nie zawiera danych wymaganych przez Zamawiającego.

Do oferty ENN/IRONICS OY zostały załączone 2 referencje. Pierwsza z nich wystawiona 26.04.2012 r. będąca świadectwem końcowego użytkownika pochodzi od Administracji Służby Ochrony Granic Państwowych Ukrainy nie zawiera żadnego stwierdzenia wyraźnego lub choćby dorozumianego o należyтым wykonaniu dostawy, stąd nie może być uznana za spełniająca wymogi Ogłoszenia i SIWZ, a także przepisów Rozporządzenia od dokumentach.

Druga z referencji potwierdzająca dostawy na rzecz królewskiej Armii Holandii stoi w sprzeczności ze złożonym przez wykonawcę w wykazie dostaw oświadczeniem bowiem stwierdza, że dostawy zostały zrealizowane między lipcem 2004 r. a majem 2006 r., podczas gdy w wykazie wykonawca stwierdził wykonanie przedmiotowych dostaw w latach 2006-2011. Stąd oprócz poświadczenia przez wykonawcę nieprawdy, należy stwierdzić, że dostawy zostały zrealizowane w terminie wcześniejszym niż 3 letni i stąd nie spełniają wymogów określonych przez Zamawiającego. Ponadto w przedmiotowej referencji brak jakiegokolwiek wzmianki na temat należytego wykonania dostaw. Stąd i ta referencja nie potwierdza spełnienia warunku wymaganego przez Zamawiającego.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 03.08.2012 r. do złożenia dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie ENVIRONICS OY złożył oświadczenie, że zrealizował projekty w krajach uwidocznionych w wykazie załączonym do oferty, stwierdzając, że niektóre referencje są niedostępne ze względu na związany z bezpieczeństwem i obroną charakter wyrobów. Stwierdzić należy, że profesjonalny wykonawca, jakim bez wątplenia jest ENVIRONICS OY, w sytuacji gdy stwierdza, że w ogłoszeniu czy SIWZ zawarte są niemożliwe do spełnienia wymogi to co najmniej składa pytanie do Zamawiającego a także w niektórych przypadkach odwołanie od postawionych warunków. Ponieważ ENVIRONICS OY nie uczynił tego, zatem nie może wywodzić dla siebie pozytywnych skutków prawnych z faktu braku możliwości uzyskania dokumentu.

Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 Pzp składane w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumenty mają potwierdzać spełnienie wymaganych warunków nie

później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Wszystkie złożone przez wykonawcę EIWIRONICS OY dokumenty mające świadczyć o posiadanym doświadczeniu są w tej materii wadliwe ponieważ każda z referencji została wystawiona po upływie terminu składania ofert, który został wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 02 sierpnia 2012 r. na godz. 9.00 (pkt XIII pkt 1 SIWZ). I tak:

1. Referencja odnosząca się do dostaw zrealizowanych na rzecz Parlamentu Fińskiego w Helsinkach wystawiona 08.08.2012 r. nie wskazuje na termin dostawy stwierdzając, że miał on miejsce pomiędzy 2006 a 2011 r. uniemożliwiając tym samym stwierdzenie spełnienia wymaganego warunku udziału w postępowaniu. Nie zawiera ona także stwierdzenia należytego wykonania dostaw.
2. Referencja pochodząca od Organizacji ds. materiałów Obronnych Holandii wystawiona 09.08.2012 r. nie dotyczy dostaw, lecz, jak wynika z jej treści modernizacji kilkuset detektorów poprzez aktualizację oprogramowania. Ponadto brak daty realizacji, podano tylko rok. Nie zawiera ona także stwierdzenia należytego wykonania.
3. Świadectwo użytkownika końcowego (zawarte wcześniej w ofercie) Administracji Służby Ochrony Granic Państwowych Ukrainy nie zawiera żadnego stwierdzenia wyraźnego lub choćby dorozumianego o należyтым wykonaniu dostawy, stąd nie może być uznana za spełniająca wymogi Ogłoszenia i SIWZ, a także przepisów rozporządzenia o dokumentach.
4. Referencja dotycząca dostaw dla włoskiej armii i straży pożarnej oraz dla kilku okrętów Marynarki Wojennej wyprodukowanych we włoskich stoczniach, potwierdzona przez pośrednika dostawy (DRAGER SAFETY ITALIA) wystawiona 08.08.2012 r. (a przetłumaczona 07.08.2012 r.) nie wskazuje na termin dostawy stwierdzając, że miał on miejsce pomiędzy 2009 a 2012 r. uniemożliwiając tym samym stwierdzenie spełnienia wymaganego warunku udziału w postępowaniu.
5. Referencja pochodząca od rumuńskich służb wystawiona 07.08.2012 r. nie wskazuje na termin dostawy stwierdzając, że miał on miejsce pomiędzy 2011 a 2012 r. uniemożliwiając tym samym stwierdzenie spełnienia

wymaganego warunku udziału w postępowaniu. Nie zawiera ona także stwierdzenia należytego wykonania dostaw.

Reasumując żaden z uzupełnionych dokumentów nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do wymaganego doświadczenia, a ponadto obciążone są one wadą formalną w postaci sporządzenia potwierdzenia po upływie terminu składania ofert. Stąd wykonawca ENVIRONICS OY powinien być na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp również z tego powodu wykluczony z Postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Zauważamy, że w związku z faktem, że wykonawca był już wezwany do uzupełnienia dokumentu ponowne wezwanie go jest niemożliwe.

III. Brak spełnienia warunków odnoszących się do oferowanych produktów i poświadczenie nieprawdy

1. Wykonawca ENVIRONICS OY w złożonej przez siebie ofercie dla oferowanego przyrządu ChemPro100i posłużył się Certyfikatem Zgodności nr 1/2011/OiB z dnia 05.05.2011 r. wydanym przez Ośrodek Certyfikacji Wyrobów Wojskowego Instytutu Chemii i Radiometrii (str. 40a oferty). Przedmiotowy certyfikat został jednak w dniu 24.01.2012 r. unieważniony w związku z niespełnianiem przez wykonawcę ENVIRONICS OY postanowień umowy nr 1/2011/OiB/N o warunkach stosowania certyfikatu i zasadach nadzoru. Tym samym stwierdzić należy, że wykonawca świadomie posłużył się dla udowodnienia spełnienia warunków wymaganych przez zamawiającego nieważnym certyfikatem poświadczając tym samym nieprawdę, co spowodować winno wykluczenie tego wykonawcy z postępowania na podstawie normy zawartej w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w konsekwencji uznanie oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.
2. Oferta złożona przez wykonawcę ENVIRONICS OY nie spełnia wymaganych przez zamawiającego warunków zawartych w SIWZ:
 - a) w zakresie czułości wykrywanych skażeń (progów detekcji) w odniesieniu do żadnego z zadeklarowanych przez producenta bojowych środków trujących,
 - b) w zakresie potwierdzenia przy pomocy odpowiednich certyfikatów zgodności z odpowiednimi normami środowiskowymi,

- c) opisu czasu pracy oferowanego przyrządu bez konieczności wymieniania materiałów eksploatacyjnych (wszystkich) – wskazano tylko ile pracowało będzie ubezpieczenie bez konieczności wymieniania akumulatora,
- d) w zakresie możliwości jednoczesnego wykrycia i analizy jakościowo-ilościowej bojowych środków trujących z grupy paralityczno-drgawkowych i parzących bez manualnej zmiany ustawień przyrządu,
- e) w zakresie automatyczności oferowanego urządzenia,
- f) w zakresie czasu osiągnięcia gotowości do pracy.

W konsekwencji odwołujący zarzucił niezgodność oferty z SIWZ, co spowodować winno odrzucenie oferty złożonej przez ENVIRONICS OY na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący nie legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wymagania wynikające z przywołanego przepisu podlegają obligatoryjnemu badaniu przez Izbę, ich spełnienie warunkuje bowiem rozpoznanie odwołania co do istoty. Przedmiotowe przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia oraz szkody dotyczące wykonawcy, uczestnikowi konkursu lub innemu podmiotowi, mają charakter materialnoprawny i muszą być spełnione kumulatywnie, w przeciwnym razie odwołanie podlega oddaleniu, bez badania zasadności podniesionych w nim zarzutów.

Tymczasem spór pomiędzy stronami dotyczył przede wszystkim podmiotowej kwalifikacji odwołującego jako wykonawcy czy innego podmiotu (za który uważał się w tym przypadku odwołujący), o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie pozostaje to kwestią drugorzędną ze względu na fakt, iż jak wynika z ww. przepisu, w obu przypadkach, podmioty uprawnione do korzystania ze środków ochrony prawnej winny spełniać obie, wskazane wyżej, przesłanki przedmiotowe – zarówno szkody, jak i interesu.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie ubiega się już o przedmiotowe zamówienie i nie może go uzyskać – jego oferta została wyeliminowana z postępowania (odrzucona), a odwołujący taką decyzję zamawiającego zaakceptował i uznał za zasadną. Zakwestionował jedynie zaniechanie odrzucenia oferty innego, jedynego pozostałego w postępowaniu wykonawcy i związany z tym brak unieważnienia postępowania.

W związku z powyższym, uprawnienia do wnoszenia i popierania środków ochrony prawnej odmówiono odwołującemu ze względu na brak wykazania przesłanki szkody, opisaney jako szkoda wynikająca naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W pierwszej kolejności należy podkreślić wprost wskazany w cytowanym przepisie adekwatny związek przyczynowy pomiędzy powstaniem szkody a naruszeniem przepisów przez zamawiającego, tzn. zarzucane naruszenie przepisów ma powodować powstanie szkody po stronie wykonawcy, uczestnika konkursu lub innego podmiotu. A następnie należy postulować powiązanie szkody wynikającej ze wskazywanego, w ramach składanego środka ochrony prawnej, naruszenia przepisów, z możliwością uzyskania bądź nieuzyskaniem danego zamówienia, do którego wprost referuje przesłanka interesu. Jakkolwiek można wyobrazić sobie również powstanie i wykazanie szkody innej, niż związanej z nielegalnym pozbawieniem możliwości uzyskania danego zamówienia, to jednak w przypadku kwestionowania czynności zamawiającego podjętych po dacie otwarcia ofert, szkoda związana będzie przede wszystkim z pozbawieniem korzyści płynących z uzyskania zamówienia. W rozpatrywanym przypadku, w związku z rezygnacją odwołującego z ubiegania się o przyznanie mu przedmiotowego zamówienia, ewentualne naruszenie przepisów względem ofert innych wykonawców nie mogło skutkować szkodą tego typu. Natomiast innej, konkretnej i wymiernej szkody, niż związana z pozbawieniem go przedmiotowego zamówienia, odwołujący nie wykazał.

Dla dalszego uzasadnienia powyższego należy powołać się na stanowisko przedstawione w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 31 maja 2011 r. (sygn. akt: KIO 1038/11), gdzie wskazano m.in.: *„W kontekście intencji Odwołującego wyartykułowanych w odwołaniu w zakresie zadań 8 i 9, iż interes wykonawcy wyraża się możliwością uzyskania zamówienia w ponownym, po unieważnieniu postępowaniu, dostrzec należało, iż wobec niezłożenia odwołania na decyzję Zamawiającego w części dotyczącej odrzucenia Jego oferty, wraz z upływem terminu do jego wniesienia, odrzucenie oferty tego wykonawcy stało się ostatecznym i nie podlegającym dalszej weryfikacji, wobec czego nie ma już możliwości uzyskania zamówienia w tym postępowaniu, co przesądza o braku po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, interes ten oraz możliwość poniesienia szkody nie może być bowiem kierowany na powstanie sytuacji polegającej na unieważnieniu postępowania, do czego zmierzałyby podniesione przez Odwołującego zarzuty prowadzące się do uzyskania skutku w postaci unieważnienia postępowania, który to jednak skutek nie jest objęty interesem w uzyskaniu zamówienia oraz możliwością poniesienia szkody przez wykonawcę podnoszącego zarzuty, bowiem obie wskazane przesłanki zrelatywizowane zostały do tego konkretnego postępowania, a nie do przyszłego, potencjalnego postępowania, które może toczyć się w wyniku unieważnienia postępowania. Ewentualna, kolejna szansa na złożenie swojej oferty, polegająca na możliwości uczestniczenia w postępowaniu toczącym się po unieważnieniu tego postępowania nie stanowi o posiadaniu interesu w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu oraz o możliwości poniesienia w nim szkody (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2010 r., w spr. KIO 2015/10, KIO 2025/10 i 2033/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2010 r. w spr. KIO 1719/10).”*

I dalej: *„Przede wszystkim należy zauważyć, iż ani w kodeksie cywilnym ani w ustawie Prawo zamówień publicznych, 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 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 ustawy Prawo zamówień publicznych. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, 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”.

Jak wynika z rozważań Izby dotyczących pojęcia szkody, poczynionych w wyżej cytowanym uzasadnieniu wyroku, które należy w całości podzielić, również w tym przypadku nie można stwierdzić konkretnej szkody odwołującego, będącej następstwem popełnienia zarzucanych naruszeń przepisów. Szkoda w rozpatrywanej sytuacji nie będzie bowiem polegała na pozbawieniu go uzyskania przedmiotowego zamówienia, skoro odwołujący uzyskać go już nie zamierza, ale najwyżej na niemożliwości uzyskania bliżej nieokreślonego i tylko hipotetycznego zamówienia przyszłego, dotyczącego tego samego, a może tylko podobnego, przedmiotu zamówienia. Tego typu szkoda nie jest ani wymierna, ani możliwą do skonkretyzowania, ani nie jest normalnym następstwem wskazywanego w odwołaniu naruszenia przepisów. Przede wszystkim odwołujący poniesienia tego typu szkody lub możliwości jej poniesienia, nie wykazał.

Dodatkowo powołać tu można, podzielane przez skład orzekający Izby, wywody poczynione w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia z dnia 30 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 482/12), gdzie stwierdzono m.in.: *„Odwołujący nie podjął jednak żadnych działań w obronie swojej oferty. W treści odwołania nie kwestionował zasadności odrzucenia jego oferty w tej części, jak również nie domagał się unieważnienia takiej czynności zamawiającego. Zatem czynność ta nadal pozostałaby w mocy, uniemożliwiając wybranie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w danym postępowaniu. Brak możliwości uzyskania zamówienia w zadaniu 2 postępowania przesądza zaś o braku po stronie odwołującego interesu nakierowanego na uzyskanie danego zamówienia.*

Zarzuty i żądania odwołującego podniesione przez odwołującego w zakresie zadania nr 2 skierowane były na unieważnienie postępowania w tej części. Dostrzeżenia wymaga, że skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest generalnie objęty interesem w uzyskaniu danego zamówienia ani możliwością poniesienia szkody, ponieważ obie te przesłanki należy rozpatrywać w odniesieniu do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w którym składane jest odwołanie, a nie jakiegoś potencjalnego, które hipotetycznie może toczyć się w przyszłości jako rezultat unieważnienia obecnego postępowania.”

Obok wyroków powoływanych wyżej, jako przykład ustalonej linii orzeczniczej w kwestii oceny uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej w sytuacji i w sposób zbliżony do stanu faktycznego niniejszej sprawy, wskazać wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z 17.02.2011 r. (sygn. akt II Ca 9/11).

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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).

.....