Sygn. akt: KIO 306/12

WYROK
z dnia 24 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2012 r. przez wykonawcę Patrycję Srogę prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „SROGA" Patrycja Sroga, 41-208 Sosnowiec, ul. Jedności 10 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Woźniki, 42-289 Woźniki, ul. Rynek 11

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Patrycję Srogę prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „SROGA" Patrycja Sroga, 41-208 Sosnowiec, ul. Jedności 10 i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Patrycję Srogę prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „SROGA" Patrycja Sroga, 41-208 Sosnowiec, ul. Jedności 10 tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy Patrycji Srogi prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „SROGA" Patrycja Sroga, 41-208 Sosnowiec, ul. Jedności 10 na rzecz Gminy Woźniki, 42-289 Woźniki, ul. Rynek 11 kwotę **418 zł 00 gr.** (słownie: czterysta osiemnaście złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego strony poniesione z tytułu dojazdu pełnomocników na posiedzenie.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Częstochowie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 306/12

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Gminę Woźniki (Województwo Śląskie) na *remont sali widowiskowej w Miejsko Gminnym Ośrodku Kultury w Woźnikach* - numer postępowania GK 271.1.2012 – wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu, wykonawca Patrycja Sroga wniosła w dniu 13 lutego 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 306/12). Odwołanie dotyczy czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy i zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy. O czynnościach zamawiającego, wykonawca wnoszący odwołanie (odwołujący) został powiadomiony pismem doręczonym w dniu 6 lutego 2012 r. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 13 lutego 2012 r. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18.10.2011 r., poz. 273217. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań nieprzekraczających

kwotę określoną w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy dla robót budowlanych.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 3, 26 ust. 3, art. 36 ust. 1 pkt 5, art. 41 pkt 7, art. 46 ust. 4a ustawy Pzp., na skutek podjętych przez zamawiającego czynności wynikających z dokonanej oceny oferty odwołującego się. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się.

Interes prawny we wniesieniu odwołania odwołujący wykazywał wskazując na zatrzymanie przez zamawiającego wadium, co prowadziło do poniesienia rzeczywistej szkody wykonawcy. W przypadku poprawnego ustalenia warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, a także sposobu oceny tych warunków, a następnie prawidłowej oceny przedłożonych przez odwołującego dokumentów, zamawiający nie wykluczyłby go z postępowania i nie zatrzymałby wadium w trybie art. 46 ust. 4a ustawy.

W uzasadnieniu faktycznym zarzutów dotyczących czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, wykonawca wskazał na uzasadnienie zamawiającego, który uznał, iż wykonawca nie spełnił warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Podstawą negatywnej

oceny spełnienia warunku było ustalenie zamawiającego, iż w jednym przypadku wykonawca załączył referencje, które nie odpowiadają zakresowi robót ujętych w siwz – referencja dotycząca Hali Milowice potwierdza wykonanie prac w innym od wymaganego zakresie. Zamawiający uznał, iż wykonawca nie udowodnił posiadania wystarczającej wiedzy i doświadczenia w robotach budowlanych i instalacyjnych w obiektach o podobnym przeznaczeniu jak przedmiot zamówienia. W ocenie odwołującego, wskazanie w siwz wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie należało złożyć w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz innych wymaganych dokumentów, nie uprawniało do przyjęcia, iż ocena, o której mowa w ppkt 6.2.2 siwz, będzie dokonywana na podstawie dokumentów z ppkt 7.1.2 siwz. Zdaniem odwołującego, nie można stwierdzić, iż zamawiający w ogóle ustalił warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia. Odwołujący zgodnie z postanowieniami siwz (pkt 7.1.2) przedłożył wykaz robót budowlanych odpowiadających wymaganiom zamawiającego, których terminowe, staranne i prawidłowe wykonanie potwierdzały załączone referencje. Ponadto, na wezwanie zamawiającego z dnia 25.01.2012 r., odwołujący przedłożył uzupełnione referencje potwierdzające w sposób niebudzący wątpliwości, iż w okresie ostatnich pięciu lat przed terminem składania ofert wykonał dwa zamówienia polegające na wykonaniu robót budowlanych i instalacyjnych sanitarnych, elektrycznych oraz wentylacyjnych w obiekcie o podobnym przeznaczeniu. Opis warunku udziału, jak i sposobu oceny spełniania nie uprawniał do wymagania, aby zakres dotychczasowych prac, jakimi mieli legitymować się wykonawcy, był tożsamy z zakresem robót do wykonania w Sali widowiskowej objętej przedmiotowym zamówieniem. Zdaniem odwołującego, spełniał on wszystkie warunki już na etapie dostarczenia pierwszych wersji przedłożonych rekomendacji, dlatego nie było podstaw do wzywania o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Z racji zastosowania się odwołującego do wezwania zamawiającego i przedłożenia ponownie, uszczegółowionych dokumentów rekomendacyjnych brak było, po pierwsze – przesłanek do wykluczenia odwołującego z postępowania określonych wa art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a po drugie – zatrzymania wadium dokonanego na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy. Lakoniczne uzasadnienie faktyczne wykluczenia odwołującego z postępowania wykracza poza ramy zakreślone w siwz i nie tłumaczy w wystarczającym stopniu motywów działania zamawiającego uniemożliwiając prześledzenie logicznego procesu myślowego, jaki legł u podstaw decyzji zamawiającego. Zamawiający nie miał podstaw do zatrzymania wadium dokonanego na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy, którego to przepisu nie należy poddawać wykładni rozszerzającej, na co wskazuje powołane orzecznictwo KIO. Odwołujący przywołał tezy z orzeczeń, które zaprzeczają możliwości zastosowania przepisu, w sytuacji, kiedy wykonawca złożył dokumenty, nawet takie, które nie potwierdzałyby spełniania warunku udziału w postępowaniu lub zawierałyby błędy.

W dniu 20 lutego 2012 r. (na podstawie zawiadomienia/wezwania przekazanego przez zamawiającego wykonawcom pocztą w dniu 14.02.2012 r.) do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie odwołującego się wykonawca Wojciech König (Przedsiębiorstwo Handlowo Remontowo Budowlane ECCO-SYSTEM Wojciech König).

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz 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), zwanej dalej „ustawą Pzp".

W związku z wniesioną przez zamawiającego opozycją wobec zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się - wykonawcy Wojciecha König, Izba uwzględniając okoliczności podnoszone przez zamawiającego, uznała opozycję za zasadną i odmówiła udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającemu przystąpienie. Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający ją uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił (art. 185 ust. 4 ustawy Pzp). W ocenie składu orzekającego Izby, w sytuacji kiedy zgłaszający przystąpienie utracił status wykonawcy, nie może on skutecznie stać się uczestnikiem postępowania odwoławczego. W szczególności, mając na uwadze treść przepisu art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, należy uznać, iż przystąpienie do postępowania odwoławczego może zgłosić jedynie wykonawca. W orzecznictwie, w tym również sądowym, wskazuje się na utratę statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sytuacji, kiedy podmiot nie wnosi środków ochrony prawnej na czynność odrzucenia jego oferty, czy też wykluczenia z postępowania (tak SO w Piotrkowie Trybunalskim II Ca 9/11 z 17.02.2011 r., SO w Warszawie V Ca 307/09 z 02.04.2009 r.), co pozbawia go również interesu w uzyskaniu zamówienia i czyni nieskutecznym dalsze wnoszenie środków ochrony prawnej. Należy zauważyć, iż dla skutecznego wniesienia opozycji wobec przystąpienia wykonawcy, wystarczające jest uprawdopodobnienie braku po stronie wnoszącego przystąpienie, interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Izba ustaliła, iż zgłaszający przystąpienie nie wniósł odwołania na czynność wykluczenia go z postępowania, o której został powiadomiony pismem doręczonym w dniu 7 lutego 2012 r.,

a tym samym utracił status wykonawcy, wykluczając swój dalszy udział w postępowaniu, w tym również w postępowaniu odwoławczym. W tej sytuacji, nie było konieczne nawet uprawdopodobnienie braku interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpienie zostało zgłoszone, gdyż w momencie, w którym zostało ono wniesione do Izby podmiot nie miał legitymacji czynnej, która wiąże się z posiadaniem statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W dalszej kolejności Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła przesłanka jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i rozpoznała odwołanie merytorycznie po przeprowadzeniu rozprawy.

Izba uznała, iż odwołanie pomimo zasadności podnoszonych zarzutów podlegało oddaleniu, gdyż czynność oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz zatrzymania wadium nie naruszała interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, a także nie miała wpływu na wynik postępowania.

Zakresem zaskarżenia objęte zostały czynności zamawiającego polegające na wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, a także zatrzymania wadium, ale również dodatkowo odwołujący

kwestionował prawidłowość opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, jak i opisu samego warunku, a także czynność wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Mając na uwadze upływ terminu do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec postanowień siwz (ogłoszenia), czy też wezwania do uzupełnienia dokumentów, Izba dokonała merytorycznej oceny zarzutu naruszenia ar 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 46 ust. 4 a ustawy Pzp.

Izba uznała, iż zamawiający nieprawidłowo ocenił dokumenty złożone przez odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, co w konsekwencji również prowadziło do stwierdzenia braku podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, jak i braku podstaw do zatrzymania wadium.

Zamawiający w siwz wymagał od wykonawców wykazania doświadczenia w wykonaniu co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu robót budowlanych i instalacyjnych sanitarnych elektrycznych oraz wentylacyjnych w obiekcie o podobnym przeznaczeniu (sala widowiskowa, kinowa, teatralna) – pkt 7.1 ppkt 2 tabeli, str. 4 siwz. W ramach udzielanych odpowiedzi na pytania wykonawców zamawiający jedynie wyjaśniał wątpliwości związane z ustaleniem czy wskazywane w pytaniach obiekty mogły być uznane za obiekty o podobnym przeznaczeniu, a żadne z pytań skierowanych do zamawiającego nie dotyczyło wyjaśnienia zakresu robót, jakie miałyby być na tych obiektach wykonane.

W ofercie odwołujący wykazał się dwoma robotami prowadzonymi na obiektach odpowiadających pod względem przeznaczenia przedmiotowi zamówienia, jakim jest sala widowiskowa, wskazując w wykazie roboty budowlane wykonane w ramach realizacji zadania „Modernizacja elewacji obiektu Hala Milowice" (lata 2008-2009 o łącznej wartości 2.129.597,63 zł.) oraz „Zmiana Aranżacji Wnętrz Pomieszczeń w budynku Teatru Zagłębia" (2008 r., o wartości 786.465,35 zł.). W treści załączonych referencji potwierdzających należyte wykonanie prac zostały również wskazane zakresy robót, które obejmowały: termomodernizację elewacji, wymianę stolarki okiennej, roboty budowlane towarzyszące – budowa klatki schodowej ewakuacyjnej, roboty brukarskie, itp., roboty w branżach instalacyjnych (Hala Milowice) oraz roboty budowlane wykończeniowe i konstrukcyjne, instalację wodno-kanalizacyjną i c.o., instalację elektryczną (Teatr Zagłębia).

Zamawiający pismem z dnia 25.01.2012 r., zwrócił się do odwołującego o uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów – referencji, które zdaniem zamawiającego nie odpowiadały zakresowi robót ujętych w siwz, ponieważ nie wynika z nich aby były wykonywane prace z zakresu wentylacji (Teatr Zagłębia) oraz dotyczą innego zakresu robót od wymaganego (Hala Milowice). Wykonawca przedłożył zamawiającemu uzupełnienia złożonych referencji pozyskane od ich wystawców, w których potwierdzono odpowiednio: wykonywanie prac z zakresu wentylacji w pomieszczeniach sanitarnych wraz z zamontowaniem wentylatorów dachowych (Teatr Zagłębia), a także zakres robót budowlanych przy budowie klatki schodowej na obiekcie Hala Milowice (brukarskie, malarskie, zabudowy gipsowo-kartonowe, roboty płytkarskie, elektryczne, oporęczowanie) oraz wykonanych instalacji (c.o., wentylacji mechanicznej, elektrycznej, wodno-kanalizacyjnej).

Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. wskazał, iż referencje dotyczące Hali Milowice potwierdzały wykonanie innego od wymaganego w siwz, zakresu robót i na tej podstawie uznał, iż wykonawca nie udowodnił posiadania wystarczającej wiedzy i doświadczenia w robotach budowlanych i instalacyjnych w obiektach o podobnym przeznaczeniu jak przedmiot zamówienia.

W oparciu o poczynione ustalenia faktyczne, Izba uznała, iż zamawiający dokonał oceny doświadczenia odwołującego na podstawie dodatkowych, nie wynikających z opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, kryteriów dotyczących zakresu wykonanych robót/instalacji. Z opisu zawartego w pkt 7.1 ppkt 2 tabeli na str. 4 siwz., nie wynika obowiązek wykazania się pełnym zakresem robót/instalacji, odpowiadających przedmiotowi zamówienia, a do czego zmierzała argumentacja pełnomocnika prezentowana na etapie postępowania odwoławczego. W pierwszej kolejności należało wskazać, iż

zamawiający był uprawniony i zobowiązany do przeprowadzenia oceny żądanych dokumentów, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu. Nie ma racji odwołujący twierdząc, iż opis sposobu oceny spełniania warunku uprawniał jedynie do oceny wiedzy i doświadczenia wykonawców na podstawie złożonych oświadczeń. Nie budziło wątpliwości, iż zamawiający wymagał przedłożenia wykazu robót wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, w celu wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, na co wskazuje treść pkt 7 siwz (str. 4). Okoliczność, iż zamawiający przy opisie żądanych dokumentów, doprecyzował treść warunku, przez dookreślenie koniecznego doświadczenia, nie wpływała na wiążący charakter postanowień siwz. Niezależnie od wadliwości argumentacji odwołującego w tym zakresie, jego dalsze wywody dotyczące wykazanego doświadczenia należało podzielić, jako słuszne. Izba uznała, iż zapisy siwz nie precyzowały konkretnie rodzaju robót, zawierały bowiem jedynie odwołanie się do poszczególnych branż, co nie wykluczało wykazania się robotami i instalacjami wykonywanymi w jakiejś części obiektu, w tym na przykład przy budowie klatki schodowej, stanowiącej część składową budynku. Skoro w ramach wykonywania modernizacji elewacji obiektu były również wykonywane różne instalacje, odpowiadające opisanym przez zamawiającego (podobnie jak przy niekwestionowanym przez zamawiającego remoncie Teatru Zagłębia), nie było podstaw do odmowy spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tylko dlatego, iż zakres prac dotyczył zewnętrznego elementu obiektu, a nie wykonania pełnego remontu. Zamawiający nie kwestionował charakteru obiektu – hali sportowej, na którym były wykonywane prace budowlane i instalacje, co przy braku szczegółowych wymagań odnośnie rodzaju i zakresu wykonanych robót, prowadzić powinno do pozytywnej weryfikacji doświadczenia odwołującego, wykazanego złożonymi w ofercie i uzupełnionymi w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. dokumentami. Na marginesie należy również zastrzec, iż składane referencje nie musiały zasadniczo zawierać szczegółowego opisu wykonanych prac, a wystarczające było zawarcie informacji pozwalających na identyfikację robót wskazanych w wykazie wraz z ocenę sposobu ich wykonania. W sytuacji, kiedy treść wykazu nie była wystarczająco szczegółowa pod względem opisu rodzaju robót, zamawiający przede wszystkim powinien żądać uzupełnienia wykazu robót o konieczne informacje pozwalające na przeprowadzenie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Ponieważ rodzaj robót został jednak opisany w treści referencji, stanowiły one nie tylko potwierdzenie należytego wykonania prac, ale również stanowiły źródło informacji o ich rodzaju. Izba uznała, iż zamawiający nie naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp., wzywając odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie koniecznym do potwierdzenia posiadania wymaganego doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych i instalacyjnych sanitarnych, elektrycznych oraz wentylacyjnych w obiekcie o podobnym przeznaczeniu.

W tych okolicznościach czynność wykluczenia odwołującego z postępowania została dokonana z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z brakiem spełnienia przesłanek do jego zastosowania. W konsekwencji, również odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie znajdowało uzasadnienia.

Przy braku podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania, zamawiający nie był również uprawniony do zatrzymania wadium tego wykonawcy na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Odwołując się do orzeczenia Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 03.02.2011 r., sygn. akt XIX Ga 545/10, należy wskazać, iż sankcja zatrzymania wadium znajduje zastosowanie, tylko wówczas, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, nie złoży dokumentów wskazanych w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87 poz. 605). Izba podziela wywody zaprezentowane w uzasadnieniu tego wyroku, w którym wskazano, iż tylko nie złożenie dokumentów nie czyni zadość wezwaniu zamawiającego, uprawniając do zatrzymania wadium, natomiast złożenie dokumentów, które w ocenie zamawiającego nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie stanowi przesłanki do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Jak ustalono w toku rozprawy, Zamawiający zwrócił się do wystawcy gwarancji ubezpieczeniowej nr 903002382911 z 19.01.2012 r. – Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A.

z siedzibą w Sopocie o wypłatę kwoty wadium, która nie została mu przekazana do dnia rozprawy. Zamawiający oświadczył, iż otrzymał telefonicznie informację o odmowie wypłaty wadium. W ocenie Izby, zwrócenie się przez zamawiającego o wypłatę świadczenia stanowiło czynność zatrzymania wadium, jednak mając na uwadze okoliczność, iż kwota nie została przekazana na rachunek bankowy zamawiającego, Izba uznała, iż nie było podstaw do nakazania zamawiającemu dokonania zwrotu niesłusznie zatrzymanego wadium.

Niezależnie od stwierdzenia zasadności podnoszonych zarzutów, Izba uznała, iż odwołanie podlegać winno oddaleniu, gdyż czynności zamawiającego dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp nie prowadziły do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, jak również nie miały wpływu na wynik postępowania.

W szczególności należało uwzględnić okoliczność, iż oferta odwołującego była ofertą najdroższą spośród złożonych w tym postępowaniu ofert. Zgodnie z kryterium oceny ofert – cena (waga 100%), przywrócenie oferty odwołującego do postępowania nie wpłynęłoby na zmianę jej pozycji w taki sposób, aby odwołujący mógł uzyskać przedmiotowe zamówienie, a tym samym czynność zamawiającego faktycznie nie powodował naruszenia interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu. Ustalenie wystąpienia szkody po stronie odwołującego wywołanej zatrzymaniem wadium, stanowi odrębną od interesu w

uzyskaniu zamówienia przesłankę wskazaną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Brak wykazania wpływu naruszenia przepisów ustawy na interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, zgodnie z jednolitym stanowiskiem prezentowanym tak w orzecznictwie Izby, jak i orzeczeniach Sądów Powszechnych, prowadzić musi do oddalenia odwołania, z uwagi na niewypełnienie materialno-prawnej przesłanki wniesienia odwołania, zawartej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Przykładowo powołać można wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 17.10.2008 r., sygn. akt XXII Ga 308/08, gdzie w którym uznano, iż w sytuacji, kiedy pomimo zgłoszonych zarzutów naruszenia prawa zamówień publicznych, ich uwzględnienie nie spowoduje, iż odwołujący/skarżący uzyska szansę na wygranie postępowania, jego odwołanie/skarga podlegać będzie oddaleniu wobec braku wykazania zaistnienia lub możliwości uszczerbku jego interesu prawnego. Pomimo zmiany stanu prawnego, orzeczenie to nadal zachowuje swoją aktualność w obecnym kształcie przepisu art. 179 ust. 1 ustawy, Pzp, zawierającym przesłankę do wnoszenia środka ochrony prawnej, której spełnienie poddawane jest ocenie przez Izbę na etapie oceny merytorycznej zarzutów.

Izba, ponad stwierdzenie braku naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia uznała, że opisane powyżej naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, nie miały i nie mogą mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, w którym zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Przywrócenie do oceny oferty odwołującego nie zmieniłoby tego wyniku, gdyż oferta wybrana była ofertą tańszą od oferty odwołującego, a zatem nie można było stwierdzić, iż wykluczenie odwołującego z postępowania, odrzucenie jego oferty, czy też zatrzymanie wadium, miało istotny wpływ na wynik postępowania. W oparciu o ustalone kryteria oceny ofert, oferta odwołującego mogłaby zostać sklasyfikowana dopiero na szóstej pozycji, w rankingu ofert nie podlegających odrzuceniu. Istotnego wpływu na wynik postępowania nie mogła mieć również sama czynność zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp., będąca wynikową dokonanej przez zamawiającego czynności oceny oferty odwołującego. W ocenie składu orzekającego, nie można ustalić istnienia związku pomiędzy czynnością zatrzymania wadium a ustaleniem wyniku postępowania, co niezależnie od wadliwości decyzji zamawiającego nie mogło prowadzić również do uwzględnienia odwołania w tym zakresie. Izba jedynie wskazuje w oparciu o poczynione wcześniej rozważania, iż nie została wypełniona ustawowa przesłanka zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 4 a ustawy Pzp., gdyż wykonawca na wezwanie zamawiającego uzupełnił żądane dokumenty, potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W tej sytuacji, odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 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). Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę stanowiącą uzasadniony koszt strony poniesiony z tytułu dojazdu pełnomocników na posiedzenie Izby i ich powrót, wykazany złożonymi przed zamknięciem rozprawy rachunkami (bilety za przejazd pociągiem). Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika zamawiającego o zasądzenie kosztów poniesionych z tytułu jego wynagrodzenia z uwagi na niewykazanie tych kosztów za pomocą wymaganych rachunków.

Przewodniczący: ……