

Sygn. akt KIO 1930/16

POSTANOWIENIE
z dnia 11 października 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym, z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2019 roku przez Cenzin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Komendę Główną Policji w Warszawie

przy udziale wykonawcy „UMO” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1930/19 po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Cenzin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Cenzin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Cenzin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego Komendy Głównej Policji kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Główna Policji – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia w przedmiocie „Zakup broni strzeleckiej w ramach pięciu zadań”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 czerwca 2019 roku pod nr 2019/S 119-291290.

Odwołujący - Cenzin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – w dniu 30 września 2019 roku działając na podstawie art. 180 i następne ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez „UMO” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonce.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25a ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewniał zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz był niezgodny z zasadą przejrzystości, co polegało na pominięciu uchyleń UMO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i wcześniejszym zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy połączonym z odrzuceniem oferty Odwołującego, w związku z rzekomym brakiem wniesienia wadium lub wniesieniem wadium w sposób nieprawidłowy i wyborem oferty UMO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
- art. 25a ust. 1 w zw. z art.10a ust. 5 ustawy i art. 26 ust. 1 ustawy przez wezwanie UMO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do złożenia dokumentów już po wyborze oferty, jako najkorzystniejszej, podczas, gdy dokumenty te (zwłaszcza dokument JEDZ) powinny zostać złożone już na etapie składania ofert, a dokument JEDZ, ani dokument pełnomocnictwa nie były wówczas podpisane,
- art. 89 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 25a ust. 1 i art. 10a ust. 5 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty UMO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością pomimo, że oferta jest niezgodna z ustawą oraz treść oferty nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwłaszcza - pkt IVt.1, pkt VI.4. SIWZ)

- w konsekwencji - naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy przez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- nakazania Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty „UMO” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonce jak również unieważnienia ww. postępowania o udzielenie zamówienia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści niniejszego pisma na podane tam okoliczności, w szczególności dokumentów załączonych do postępowania jak również przeprowadzenie opinii biegłego ze specjalności materiałoznawstwa i w zakresie bronioznawstwa (sprzętu i uzbrojenia) na okoliczności wskazujące, że oferowany karabinek Haenel nie spełnia wymogów zaprezentowanych w SIWZ,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał między innymi, że w dniu 4 września 2019 roku oferta Odwołującego została odrzucona z postępowania. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał również, że czynność wyboru oferty wykonawcy „UMO” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonce nastąpiła w dniu 19 września 2019 roku.

Odwołujący wskazał również, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust.1 ustawy bowiem, jako jeden z oferentów, miał oczywisty interes w uzyskaniu zamówienia, będącego przedmiotem postępowania. Co więcej, interes ten jest wciąż aktualny, bowiem Odwołujący domaga się unieważnienia postępowania co umożliwi wszczęcie kolejnego postępowania i wzięcie w nim udziału przez Odwołującego.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony, tym samym odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „Zakup broni strzeleckiej w ramach pięciu zadań” – zadanie nr 2.

W dniu 4 września 2019 roku Zamawiający dokonał czynności odrzucenia, w ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oferty Odwołującego dla zadania 1, 2, 3, 4, 5 o czym zawiadomił Odwołującego pismem z dnia 4 września 2019 roku, które to pismo zawiera szczegółowe uzasadnienie podjętej przez Zamawiającego czynności.

W trakcie posiedzenia z udziałem stron pełnomocnik Odwołującego wyjaśnił, że *pismo z 4 września 2019 roku wykonawca otrzymał, ale na tamten moment zapadła decyzja, że odwołania od czynności odrzucenia oferty nie składają*. W trakcie posiedzenia pełnomocnik Odwołującego oświadczył również, że *odwołania na czynność z 4 września 2019 r. nie składał*.

Izba ustaliła, że w dniu 19 września 2019 roku zamawiający poinformował wykonawców, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „Zakup broni strzeleckiej w ramach pięciu zadań” – zadanie nr 2 wybrano ofertę najkorzystniejszą.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Izba wskazuje, że art. 189 ust. 2 ustawy zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, zgodnie z art. 189 ust. 4 ustawy. Izba zwraca uwagę na postanowienie Sądu Okręgowego w Lublinie z 19 marca 2012 r. sygn. akt IX Ga 39/12 który wskazał, że w pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza winna ocenić, czy odwołanie zostało wniesione przez podmiot do tego uprawniony.

Odwołujący w rozpoznawanej sprawie nie zakwestionowała czynności z dnia 4 września 2019 roku tj. odrzucenia oferty Odwołującego dla zadania 1, 2, 3, 4, 5. Tym samym czynność odrzucenia oferty Odwołującego wywiera skutki prawne, które - wobec nie wniesienia odwołania do dnia 16 września 2019 roku od czynności Zamawiającego z dnia 4 września 2019 roku - mają charakter nieodwracalny i ostateczny. Odwołujący, na moment złożenia odwołania tj. 30 września 2019 roku, nie jest już uczestnikiem postępowania o udzielenie

zamówienia, zatem odwołanie jako wniesione przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Prezentowana wykładnia przywołanego przepisu, mającego zastosowanie nie tylko do złożenia odwołania przez niewłaściwie umocowanego pełnomocnika odwołującego, ale również do okoliczności, w których podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej nie może uczestniczyć w postępowaniu odwoławczym, gdyż sam jest podmiotem do tego nieuprawnionym, została podniesiona w doktrynie (vide: J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2010, wyd. IV). Zaznaczenia wymaga, że podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – czyli jak w rozpoznawanej sprawie – lecz na kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferta tego wykonawcy została nieodwracalnie z tego postępowania odrzucona, bowiem nie wniósł odwołania na czynność odrzucenia ofert, na dalszych etapach postępowania staje się on podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania (podobnie M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018, str. 875). W rozpoznawanej sprawie oferta Odwołującego została skutecznie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odrzucona w dniu 4 września 2019 roku, a Odwołujący od tej czynności Zamawiającego nie wniósł odwołania. Tym samym po upływie terminu na wniesienie odwołania tj. 16 września 2019 roku, czynność odrzucenia oferty Odwołującego stała się ostateczna, nieodwracalna, a Odwołujący pozbawił się możliwości skutecznego podnoszenia zarzutów w odniesieniu do podejmowanych przez Zamawiającego na dalszym etapie postępowania czynności.

Pogląd, że niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez podmiot, którego oferta została skutecznie odrzucona z postępowania, a tym samym utracił status uczestnika tego postępowania, znalazł również potwierdzenie w postanowieniu Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008r. sygn. akt IV Ca 521/08, w uzasadnieniu tego postanowienia Sąd Okręgowy stwierdził, że odwołanie wniesione przez taki podmiot podlega odrzuceniu, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony. Analogicznie wywodzi Izba w postanowieniach z dnia 18 września 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1176/09, z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 842/11, KIO 844/11, z dnia 4 lipca 2013 roku sygn. akt KIO 1500/13, z dnia 9 marca 2015 roku sygn. akt KIO 341/15, z dnia 30 maja 2016 roku sygn. akt KIO 849/16. Podobnie również w postanowieniu z dnia 4 września 2017 roku sygn. akt KIO 1794/17 oraz z dnia 14 marca 2017 roku sygn. akt KIO 365/17, z dnia 17 stycznia 2017 roku sygn. akt KIO 32/17, z dnia 24 października 2017 roku sygn. akt KIO 2145/17.

Jedynie na marginesie, mając na uwadze doniosłość badania i oceny przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Izba wskazuje również, że Odwołujący nie miał interesu we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 niniejszej ustawy. Art. 179 ust 1 ustawy określa zarówno katalog podmiotów uprawnionych do złożenia odwołania jak również przesłanki jakie musi kumulatywnie spełnić odwołujący się. 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. Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Interes odwołującego musi być utożsamiany z doznany przez wykonawcę uszczerbkiem interesu własnego w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyniku naruszenia przepisów ustawy i nie może być odnoszony do przyszłego i niepewnego, hipotetycznego zdarzenia jakim może być ponowne ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle ustawowej regulacji interes wykonawcy, to jego własny interes sprowadzający się do uzyskania zamówienia i osiągnięcia korzyści w wyniku realizacji zawartej umowy. Nie można uznać za prawidłowy w obliczu obowiązujących przepisów poglądu, że wykonawca reprezentujący swój interes, w sytuacji, gdy nie ma szans na uzyskanie zamówienia bowiem np.: jego oferta została skutecznie i ostatecznie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odrzucona, może dążyć do unieważnienia postępowania.

Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej jak również w orzecznictwie sądów powszechnych (porównaj: Wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim sygn. akt II Ca 9/11 z dnia 7 lutego 2011 roku; Wyrok SO w Warszawie sygn. akt V Ca 1973/ 11 z dnia 7 grudnia 2011 roku; Wyrok SO w Lublinie sygn. akt IX Ga 39/12 z dnia 19 marca 2012 roku). Interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, musi dotyczyć konkretnego postępowania i nie może wnoszący odwołanie powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego zamówienia przewidywanego w przyszłości. Art. 179 ust. 1 nie pełni funkcji publicznych a postępowanie odwoławcze ma na celu jedynie ochronę interesów osób wnoszących środki ochrony prawnej.

Słusznie w ocenie Izby również wskazywał w uzasadnieniu zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego uczestnik postępowania odwoławczego – odnosząc się do orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych jak również Trybunału Sprawiedliwości Unii

Europejskiej – że, wykonawca którego oferta została definitywnie, ostatecznie odrzucona z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ma interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz nie może ponieść szkody z uwagi na podnoszone w odwołaniu zarzuty i naruszenia przepisów ustawy, a dotyczących oceny przez Zamawiającego innej złożonej w postępowaniu oferty.

Wobec stwierdzenia zajścia przesłanek odrzucenia odwołania, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obowiązkowemu odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10, 186 ust 6 pkt 1 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 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. z 2018 r. poz. 972 ze zmianami).

Przewodniczący: