

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 1 kwietnia 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Wojciechowska  
**Członkowie:** Agnieszka Trojanowska  
Katarzyna Brzeska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 1 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2021 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS z siedzibą w Le Plessis – Pate, Francja** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Innobaltica sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni oraz AEP Ticketing Solutions s.r.l. z siedzibą w Signa, Włochy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS z siedzibą w Le Plessis – Pate, Francja** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Innobaltica sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Wdrożenie na obszarze województwa pomorskiego, wspólnego dla organizatorów i przewoźników, systemu poboru opłat za przewozy w zbiorowym transporcie pasażerskim oraz systemu jednolitej informacji pasażerskiej”*, nr postępowania: ZP/PN/03/19. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 grudnia 2019 r., za numerem 2019/S 248-612852.

W dniu 1 marca 2021 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS z siedzibą w Le Plessis – Pate, Francja. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1) wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni oraz AEP Ticketing Solutions s.r.l. z siedzibą w Signa, Włochy (dalej: Przystępujący) jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

2) zaniechaniu wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu a co najmniej nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu:

ewentualnie

3) zaniechaniu wezwania Przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia wykonawcy, pomimo tego że przedłożone na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp dokumenty nadal są niejednoznaczne i budzą wątpliwości co do tego, czy wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania w sytuacji, gdy Wykonawca, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w zakresie doświadczenia tego wykonawcy;

względnie (na wypadek nie uznania przez Izbę wyżej wymienionego zarzutu):

2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca, co najmniej w wyniku niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w zakresie doświadczenia tego wykonawcy, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

względnie (na wypadek nie uznania przez Izbę wyżej wymienionego zarzutu):

3. naruszenie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy pzp w zw. z art. 22a ust. 1 pkt 2 i ust. 1b pkt 3 w zw. z art 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania w sytuacji, gdy Wykonawca nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w zakresie doświadczenia tego wykonawcy;

względnie (przy braku uwzględnienia wyżej wymienionych zarzutów dotyczących warunku udziału w postępowaniu):

4. naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, poprzez brak wezwania do wyjaśnień w zakresie warunku udziału w postępowaniu, pomimo tego że przedłożone na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp dokumenty nadal są niejednoznaczne i budzą wątpliwości co do tego, czy wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w szczególności nie jest jasne, czy Przystępujący wykonał funkcjonalności billingowe dla określonych przez Zamawiającego parametrów i czy wykonał je w sposób należyty, co dotyczy przede wszystkim doświadczenia AEP Ticketing Solution S.R.L. (dalej „AEP”), wskazanego w projekcie referencyjnym, o który został uzupełniony wykaz dostaw już po wezwaniu Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, czyli projekt polegający na dostawie, instalacji, dostosowaniu i wdrożeniu przez AEP systemu biletowego „AFCS” w Astanie, w którym AEP była podwykonawcą SWARCA MIZAR S.R.L. z siedzibą w Turynie (projekt zwany jest dalej „Projektem AEP”).

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 lub pkt 12 ustawy pzp;

względnie (wyłącznie w przypadku uznania przez Izbę braku podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania)

3) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności: nakazanie Zamawiającemu wezwanie Przystępującego do wyjaśnień dotyczących jednoznacznego określenia zakresu, rodzaju prac, okresu i podmiotów, które w rzeczywistości wykonały Projekt AEP.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący zwrócił uwagę, że zacytowany powyżej przepis art. 505 ust. 1 ustawy pzp wymaga wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia a nie interesu w uzyskaniu „danego” zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia należy więc rozumieć szeroko, jako odnoszący się do możliwości pozyskania świadczenia, będącego przedmiotem zamówienia. Nie jest przy tym istotne, w jakim postępowaniu zamówienie zostanie wykonawcy udzielone. Taka wykładnia interesu w uzyskaniu zamówienia jest zresztą zgodna z dotychczasowym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, gdzie wielokrotnie opowiadano się za szerokim znaczeniem pojęcia „interesu”. I tak, w wyroku z dnia 11 maja 2017 r. Trybunał wskazał, że: „w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent zaskarżył bowiem do sądu odsyłającego te dwie decyzje. W swojej skardze odrzucony oferent wniósł o wykluczenie oferty wybranego wykonawcy ze względu na brak jej zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W takiej sytuacji należy uznać, że oferentowi, który wniósł skargę, przysługuje uzasadniony interes w wykluczeniu oferty wybranego wykonawcy, które może w odpowiednim razie doprowadzić do stwierdzenia, że instytucja zamawiająca nie jest w stanie dokonać wyboru prawidłowo złożonej oferty” (zob. podobnie wyroki: z dnia 4 lipca

2013 r., Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, pkt 33; a także z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C689/13, EU:C:2016:199, pkt 24).” (zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16, ZOTSiS 2017/5/1-358).

Odwołujący wskazał następnie, że szczegółowa analiza dokumentów przedłożonych przez Przystępującego wskazuje na to, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nawet że przekazał w tym zakresie Zamawiającemu nieprawdziwe informacje. To z kolei winno skutkować wykluczeniem Przystępującego z postępowania, czego domaga się Odwołujący. W sytuacji jego uwzględnienia przez Izbę, jedyną ofertą, jaka pozostanie w postępowaniu, będzie oferta wykonawcy Conduent, który to wykonawca nie był jeszcze sprawdzany pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, więc kwestia ta nie jest przesądzona i być może wykonawca ten również nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Poza tym cena zaoferowana przez Conduent jest wyższa niż ta, zaoferowana przez Thales (oferta najtańsza), a także Przystępującego i jest wyższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. W sytuacji, gdyby w wyniku rozpoznania Przystępujący zostałby wykluczony z udziału w postępowaniu, istniałoby więc duże prawdopodobieństwo, że Zamawiający będzie zmuszony unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. W takim przypadku, gdyby Zamawiający wszczął kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia w tym samym przedmiocie, Odwołujący mógłby ponownie ubiegać się o jego udzielenie i złożyć ofertę w nowym postępowaniu. Powyższe prowadzi do wniosku, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, który wyraża się właśnie w możliwości pozyskania świadczenia, będącego przedmiotem zamówienia w kolejnym postępowaniu.

W dniu 4 marca 2021 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni oraz AEP Ticketing Solutions s.r.l. z siedzibą w Signa, Włochy.

W dniu 24 marca 2021 r. Przystępujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pisemne stanowisko wnioskując o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, jako wniesionego przez nieuprawniony podmiot. W uzasadnieniu Przystępujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyły 4 podmioty: Przystępujący, Odwołujący, Wykonawca Conduent Business Solutions (France) SAS z siedzibą w Guilhaingranges (zwany dalej: Wykonawca Conduent), Wykonawca Mennica Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. W dniu 8 lipca 2020 r., Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W wyniku wniesionego przez Przystępującego odwołania, wyrokiem z dnia 14 października 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie

o sygn. akt KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20 i KIO 1688/20 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Odwołującego. W dniu 19 października 2020 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W dniu 16 listopada 2020 r. Odwołujący złożył do Sądu Okręgowego w Gdańsku skargę na wyrok KIO z dnia 14 października 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1660/20, KIO 1615/20, KIO 1687/20 i KIO 1688/20. Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrokiem z dnia 27 stycznia 2021 r. sygn. akt XII Ga 883/20 oddalił skargę Odwołującego na wyrok KIO z dnia 14 października 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1660/20, KIO 1615/20, KIO 1687/20 i KIO 1688/20, w wyniku czego przedmiotowy wyrok KIO stał się prawomocny w zakresie nakazania odrzucenia oferty Thales. W dniu 12 listopada 2020 r. Zamawiający powiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp. W dniu 27 listopada 2020 r. zarówno Odwołujący jak i Wykonawca Conduent złożyli odwołania od czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Wyrokiem z dnia 17 grudnia 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 3118/20 i 3119/20 uwzględniła odwołania Odwołującego i Wykonawcy Conduent oraz nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz nakazała Zamawiającemu: 1) w sprawie o sygn. akt KIO 3118/20: a) przeprowadzenie badania i oceny skuteczności zastrzeżenia złożonego przez Przystępującego oraz treści: wykazu osób, informacji z banku oraz dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia OC wraz z dowodem opłacenia składki, b) skierowanie do Przystępującego wezwania do wyjaśnienia treści poz. 3 złożonego przez nich wykazu dostaw wraz ze złożoną referencją Górnośląsko Zagłębiowskiej Metropolii w celu wykazania spełnienia warunku określonego w pkt. V.2.3) lit. a SIWZ, c) dokonanie ponownego badania i oceny ofert; 2) w sprawie o sygn. akt KIO 3119/20: a) przeprowadzenie badania i oceny skuteczności zastrzeżenia złożonego przez Przystępującego oraz treści: wykazu osób, informacji z banku oraz dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia OC wraz z dowodem opłacenia składki, b) skierowanie do Przystępującego wezwania do wyjaśnienia jego udziału w dialogu technicznym w celu zapewnienia mu udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, c) skierowanie do Przystępującego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie wskazanym przez Skarżących w pkt 6.1.2. i 6.2.2. tabeli cenowej i nakazała Zamawiającemu d) skierowanie do Przystępującego wezwania do wyjaśnienia treści poz. 3 złożonego przez nich wykazu dostaw wraz ze złożoną referencją Górnośląsko Zagłębiowskiej Metropolii w celu wykazania spełnienia warunku określonego w pkt. V.2.3) lit. a SWZ, e) dokonanie ponownego badania

i oceny ofert. W dniu 18 grudnia 2020 r. Zamawiający unieważnił czynność z dnia 12 listopada 2020 r., tj. czynność wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. W dniu 15 stycznia 2021 r. Przystępujący złożył do Sądu Okręgowego w Warszawie skargę na wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3118/20 i 3119/20. Rozprawa została wyznaczona na dzień 14 kwietnia 2021 r. (Sygn. akt XXIII Zs 10/21). W dniu 1 lutego 2021 r. Zamawiający, wykonując wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3118/20 i 3119/20 skierował do Przystępującego wezwania, o których mowa w sentencji przedmiotowego Wyroku. W dniu 15 lutego 2021 r. Przystępujący wykonał wspomniane wezwanie, składając odpowiednio wyjaśnienia w zakresie ceny oferty, swojego udziału w dialogu technicznym oraz wyjaśnienia treści poz. 3 złożonego przez niego wykazu dostaw wraz ze złożoną referencją Górnośląsko-Zagłębiowskiej Metropolii w celu wykazania spełnienia warunku określonego w pkt. V.2.3) lit. a SIWZ. Wraz z wyjaśnieniami Przystępujący wskazał też dodatkowe doświadczenie, które również potwierdza spełnienie wspomnianego warunku udziału w postępowaniu. W dniu 19 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. W dniu 1 marca 2021 r. Odwołujący skierował do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Przystępujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 528 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Zgodnie natomiast z przepisem art. 505 ust. 1 ustawy pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale (dziale IX ustawy pzp) przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Stan faktyczny niniejszej sprawy przedstawia się w ten sposób, że Odwołujący zakwestionował we wniesionym odwołaniu czynności związane z wyborem oferty najkorzystniejszej postulując o nakazanie unieważnienia tej czynności i o wykluczenie Przystępującego z postępowania, ewentualnie, wezwanie go do wyjaśnień w zakresie doświadczenia wskazanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W związku z wyrokiem z 14 października 2020 r, sygn. KIO 1615/20, 1660/20, 1687/20 i 1688/20 oraz wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku w sprawie o sygn. akt XII Ga 883/20 z dnia 27 stycznia 2021 r. zarówno w momencie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, jak i w momencie wniesienia przez Odwołującego rozpatrywanego w niniejszej sprawie odwołania, decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego była już prawomocna. Tym samym, we wniesionym środku ochrony prawnej, Odwołujący w żaden sposób nie kwestionuje czynności odrzucenia swojej oferty jako najkorzystniejszej. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zidentyfikować można stanowisko, że w takiej



sytuacji, odwołanie Odwołującego, jako podmiotu nieuprawnionego podlegać powinno odrzuceniu na podstawie przepisu art. 528 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Świadczy o tym m. in. postanowienie KIO z dnia 24 października 2017 r., sygn. akt: KIO 2145/17 oraz postanowienie Izby z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 341/15. Przystępujący zauważył, że w postanowieniu KIO 2145/17, Izba zmierzyła się też z argumentami podnoszonymi i w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym przez Odwołującego, zgodnie z którymi, do stanu faktycznego analogicznego do niniejszej sprawy, zastosowanie powinny mieć tezy zawarte w Wyroku TSUE z dnia 11 maja 2017 r. C-131/16 – Archus, które to tezy przemawiają rzekomo na korzyść Odwołującego. W omawianym postanowieniu KIO 2145/17 Izba słusznie uznała, że z uwagi na odmienności stanu faktycznego, orzeczenie C-131/16 – Archus w zakresie identyfikującym możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej nie ma zastosowania w sytuacji, gdy wykonawca prawomocnie wyeliminowany z postępowania kwestionuje decyzje zamawiającego w przedmiocie uznania za najkorzystniejszą oferty konkurencyjnej. Izba wskazała też tam na orzeczenie C-355/15 - Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH, przemawiające za brakiem możliwości umożliwienia takiemu, prawomocnie wyeliminowanemu z postępowania wykonawcy, kwestionowania decyzji zamawiającego podjętych po uprawomocnieniu się odrzucenia. Zgodnie z zaprezentowaną w postanowieniu KIO 2145/17 argumentacją, Odwołujący nie jest podmiotem uprawnionym do wniesienia rozpatrywanego odwołania, które to odwołanie, powinno zostać odrzucone przez Izbę. Stanowisko takie nie jest bynajmniej odosobnione, o czym świadczy treść postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2020 r. w którym zaprezentowano przegląd podobnych orzeczeń. Stanowisko o zasadności odrzucenia odwołania w tym postanowieniu oparte zostało o ustalenie statusu wykonawcy, który to status jest zmiennym w zależności od etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o czym świadczy też definicja zawarta w przepisie art. 7 pkt 20 ustawy pzp. Porządkująca zmiana definicji tego pojęcia na gruncie przepisów nowej ustawy pzp względem przepisu art. 2 starej ustawy pzp, bynajmniej nie wpływa na zasadność opisanego w postanowieniu stanowiska ani nie wyłącza w tym wypadku możliwości odrzucenia odwołania Odwołującego biorąc pod uwagę etap postępowania, podczas którego złożył on swój środek ochrony prawnej. Przystępujący powołał się na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2020 r., sygn. akt: KIO 136/20, KIO 172/20 oraz postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. akt: KIO 2465/19.

W dniu 26 marca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym, względnie o jego oddalenie.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w dniu 24 grudnia 2019 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 (ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.).

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie oraz pismo procesowe Przystępującego.

### **Na podstawie tych dokumentów Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:**

Odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W dniu 8 lipca 2020 r., Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W wyniku wniesionych odwołań: w dniu 17 lipca 2020 r. przez Przystępującego oraz w dniu 20 lipca 2020 r. przez wykonawcę Conduent Business Solutions (France) SAS z siedzibą w Guilhaumand-Granges (Francja), Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 14 października 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20 i KIO 1688/20 uwzględniła w części odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Revenue Collection Systems France SAS z siedzibą w Le Plessis – Pate, Francja na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy pzp.

W dniu 17 listopada 2020 r. Zamawiający powiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy pzp.

W dniu 16 listopada 2020 r. Odwołujący złożył do Sądu Okręgowego w Gdańsku skargę na wyrok KIO z dnia 14 października 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1660/20, KIO 1615/20, KIO 1687/20 i KIO 1688/20 w zakresie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy pzp. Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrokiem z dnia 27 stycznia 2021 r., sygn. akt XII Ga 883/20 oddalił skargę Odwołującego na wyrok KIO z dnia 14 października 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1660/20, KIO 1615/20, KIO 1687/20 i KIO 1688/20.

Zgodnie z art. 528 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp *„Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.”*

Zgodnie z art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp *„1. Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. 2. Środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców.”*

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 30 ustawy pzp *„wykonawcy – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.”*

W myśl art. 2a ust. 2 zdanie 2 Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r.: *Oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania.*

Izba uznała za zasadny wniosek złożony przez Przystępującego i Zamawiającego o odrzucenie odwołania i podzieliła argumentację przedstawioną w pismach procesowych.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że Ustawodawca określił ściśle krąg podmiotów, którym przysługuje prawo do wniesienia środka ochrony prawnej. Zgodnie z art. 505 jest to

wykonawca, uczestnik konkursu i inny podmiot, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy oraz organizacji wpisane na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 i Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców. Mając na względzie poczynione ustalenia faktyczne uznać należało, że Odwołujący w chwili uprawomocnienia się wyroku KIO z dnia 14 października 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1660/20, KIO 1615/20, KIO 1687/20 i KIO 1688/20 nakazującego odrzucenie oferty Odwołującego, ostatecznie utracił status wykonawcy w postępowaniu. Zauważenia wymaga, że na dzień złożenia przedmiotowego odwołania, czyli 1 marca 2021 r., Odwołującemu na skutek oddalenia skargi przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, nie można już było przypisać statusu wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 7 ust. 1 pkt 30 ustawy pzp. Odwołujący utracił również prawo do kwestionowania odrzucenia swojej oferty, z uwagi na wyczerpanie drogi zaskarżenia, ale także podważania dalszych czynności w postępowaniu. Odwołujący nie jest zatem ani „wykonawcą” ani określonym w ustawie pzp „innym podmiotem”. Skoro nie może ubiegać się o udzielenie zamówienia, nie może go również uzyskać, niemożliwym jest zatem wykazanie przez niego szkody. Odnosząc się natomiast do interesu, którego Odwołujący upatruje w dążeniu do unieważnienia postępowania i ewentualnego uzyskania zamówienia w kolejnym postępowaniu, wskazania wymaga, że Izba, w myśl art. 555 orzeka w granicach zarzutów odwołania w konkretnym, aktualnie toczącym się postępowaniu. Jak wskazano w postanowieniu KIO z dnia 6 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2722/20: *„Tym samym Izba nie jest organem sprawującym nadzór nad zamawiającym, ale organem rozstrzygającym spory pomiędzy uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jej orzeczenie jest wiążące tylko w danej konkretnej sprawie odwoławczej i pomiędzy stronami, które w tej sprawie występowały. Izba bowiem rozpoznaje postępowanie przygotowawcze do zawarcia umowy cywilnoprawnej w szczególnym reżimie prawnym jakim jest Prawo zamówień publicznych i dlatego jej rozstrzygnięcia nie mają charakteru erga omnes.”* Wbrew twierdzeniom Odwołującego stanowisko takie można wywieść z przytoczonego w odwołaniu orzeczenia TSUE z dnia 11 maja 2017 r., w sprawie C-131/16 Archus et Gama pkt 59: *„Z powyższego wynika, że dyrektywę 92/13 należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”*

Możliwość dążenia do unieważnienia postępowania i ewentualnie uzyskania zamówienia w kolejnym została niewątpliwie powiązana z koniecznością jednoczesnego kwestionowania decyzji o odrzuceniu oferty, tudzież wykluczenia wykonawcy, którą to drogę w niniejszej sprawie Odwołujący wyczerpał. W orzeczeniu mowa również o dwóch ofertach w postępowaniu, natomiast w niniejszym zostały złożone cztery oferty i nie jest możliwe poczynienie żadnych realnych założeń co do rozstrzygnięcia postępowania. Oznacza to, że możliwość uzyskania zamówienia po unieważnieniu postępowania stanowi konsekwencję pozytywnego rozpatrzenia odwołania czy skargi, w której wykonawca podważa zarówno własne wykluczenie czy odrzucenie oferty ale również inne czynności w postępowaniu dotyczące jedyne konkurencyjnego oferenta. Ponadto, w orzeczeniu TSUE z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich pkt 36 wskazano, że: *„W świetle powyższych uwag na przedłożone pytanie należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna być zostać odrzucona.”* Wykonawca może zatem legitymować się interesem polegającym na dążeniu do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem, że nie został ostatecznie wykluczony z danego postępowania o udzielenie zamówienia czy też, że jego oferta została ostatecznie odrzucona, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie. Stanowisko, że skuteczne odrzucenie oferty wykonawcy prowadzi do utraty w sposób nieodwracalny statusu wykonawcy w postępowaniu, co przekłada się na postępowanie odwoławcze, w zakresie w jakim niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej, niejednokrotnie przedstawiano w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 9 marca 2016 r., sygn. akt KIO 287/16, z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt KIO 365/17, z dnia 11 maja 2017 r., sygn. akt KIO 811/17, z dnia 26 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1181/17, z dnia 24 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1446/17, z dnia 24 października 2017 r., sygn. akt KIO 2145/17, z dnia 11 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2491/18, z dnia 26 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1367/19. Pogląd taki znajduje również potwierdzenie w postanowieniu Sądu Okręgowego Warszawa- Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt IV Ca 521/08.

Dlatego też Izba na podstawie art. 553 zdanie 2 oraz art. 528 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp postanowiła, że odwołanie powinno zostać odrzucone, jako złożone przez podmiot nieuprawniony.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....