

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 29 stycznia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Michał Pawłowski

Małgorzata Rakowska

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, w dniu 29 stycznia 2024 roku, w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2024 roku przez wykonawcę *Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie*

w postępowaniu prowadzonym przez *Gminę Miejską Ostróda*

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę *Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie* i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Ostróda prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Bieżąca konserwacja, naprawy i utrzymanie oświetlenia ulicznego i parkowego*.

W dniu 9 stycznia 2024 roku wykonawca *Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie*, działając na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.; dalej ustawa), wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego:

- niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, tj. oferty Przedsiębiorstwa Robót Elektrycznych i Technicznych EL-TRONIC sp. z o.o. z/s w Ostródzie, określonym w przepisach art. 275 pkt 1 ustawy, w sytuacji gdy Energa Oświetlenie Sp. z o. o. będąca właścicielem i jedynym dysponentem majątku oświetleniowego, przyłączonego do majątku oświetleniowego Gminy Miejskiej Ostróda, nie wyraża zgody, aby utrzymanie, konserwację i eksploatację infrastruktury podłączonej do tejże sieci prowadził podmiot trzeci (wykonawca wyłoniony w postępowaniu o zamówienie),
- niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na wyborze nieodpowiedniego trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postaci trybu podstawowego i zaniechaniu w powyższych okolicznościach ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) ustawy, mimo że usługi mogą być w tym przypadku świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz z uwagi na ochronę praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, a przy tym nieistnienia rozsądnego rozwiązania alternatywnego lub rozwiązania zastępczego dla wykonania zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. **naruszenie art. 275 pkt 1 ustawy** (przez jego zastosowanie) **w zw. z art. 140 ustawy z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16 poz.93 z póź.zm.)** – dalej „k.c.” przez ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisach art. 275 pkt 1 ustawy i wybór najkorzystniejszej oferty w trybie podstawowym, w sytuacji gdy Energa Oświetlenie Sp. z o. o. będąca właścicielem i jedynym dysponentem majątku oświetleniowego przyłączonego do majątku oświetleniowego Gminy Miejskiej Ostróda, nie wyraża zgody aby utrzymanie, konserwację i eksploatację infrastruktury podłączonej do tejże sieci prowadził podmiot trzeci (wykonawca, wyłoniony w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego), a Zamawiający powinien zastosować tryb z wolnej ręki;

2. **naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) ustawy w zw. z art. 140 k.c.**, przez ich niezastosowanie, nieudzielenie Energa Oświetlenie Sp. z o. o. zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji, gdy zostały ku temu spełnione wszystkie przesłanki określone w ww. przepisie i wybór najkorzystniejszej oferty w sytuacji, kiedy udzielenie zamówienia powinno nastąpić z wolnej ręki;

3. **naruszenie art. 16 pkt 2 ustawy** przez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady przejrzystości. Dokumentacja w sprawie zamówienia publicznego nie wskazuje ryzyk dla wybranego wykonawcy, wiążących się z realizacją zamówienia publicznego w oparciu o majątek niestanowiący własności Zamawiającego, a będący wyłączną własnością Energa Oświetlenie Sp. z o. o.;

4. **naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy** przez zaniechanie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym m.in. efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych;

5. **naruszenie art. 255 pkt. 6 ustawy w zw. z art. 58 § 1 k.c.**, przez nieunieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji otrzymania dwukrotnie oficjalnego stanowiska Energa Oświetlenie Sp. z o. o. w sprawie braku zgody na dysponowanie majątkiem stanowiącym jej wyłączną własność, co prowadzi do sytuacji, w której postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania,
- przyznanie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w maksymalnej wysokości 3.600,00 zł oraz innych uzasadnionych kosztów określonych na podstawie rachunków lub spisu kosztów, które Odwołujący złożył do akt sprawy,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Bieżąca konserwacja, naprawy i utrzymanie oświetlenia ulicznego i parkowego” nr ZP.271.35.2023.*

Odwołujący podał, że odwołanie zostało wniesione w terminie 5 dni od daty przekazania przez Zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. od dnia 4 stycznia 2024 roku.

Odwołujący podał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania od czynności Zamawiającego niezgodnej z prawem w zakresie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Bieżąca konserwacja, naprawy i utrzymanie oświetlenia ulicznego i parkowego” nr ZP.271.35.2023 oraz wybrania w toku tego postępowania oferty najkorzystniejszej.

Zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, wymaga aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone w zasadzie po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej, co niniejsze odwołanie materializuje.

Interes prawny w zaskarżeniu czynności Zamawiającego posiada ten, który wskutek decyzji Zamawiającego traci możliwość uzyskania zamówienia i ta przesłanka w niniejszym postępowaniu jest spełniona, albowiem przez wybór nieodpowiedniego, naruszającego przepisy ustawy trybu zamówienia publicznego, Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia w trybie z wolnej ręki. Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, gdyby Zamawiający – zgodnie z obowiązującymi normami prawa – przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie

art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) ustawy, który jest wyłącznie właściwym trybem z uwagi na spełnienie warunków z tego przepisu, tj.: dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:

- technicznych o obiektywnym charakterze,

- związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów (prawo własności),

przy czym Zamawiający nie wskazał żadnego rozsądnego rozwiązania alternatywnego lub zastępczego, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Przyjmuje się, że interes w uzyskaniu zamówienia to każdy interes, tj. zarówno interes faktyczny, jak i prawny. Interes prawny musi być oparty na prawie lub chroniony przez prawo. O istnieniu interesu prawnego decydują zatem przepisy prawa materialnego, z których wywodzić można prawo lub obowiązek. Ocena czy dany podmiot posiada interes w uzyskaniu zamówienia winna być badana na gruncie okoliczności faktycznych konkretnej sprawy.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia nawet wówczas, gdy uwzględnienie wniesionego przez niego odwołania miałoby prowadzić do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem przedmiot, na którym ma następować świadczenie usług objętych zamówieniem w przedmiotowym postępowaniu, stanowi własność Odwołującego, a cały proces postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego w ocenie Odwołującego nie uwzględniał ani nie formułował w sposób przejrzysty warunków realizacji zamówienia w zakresie odnoszącym się do własności Odwołującego. Dokumenty przetargowe nie określały bowiem warunków realizacji zamówienia przez wybranego wykonawcę, którym nie jest Odwołujący, w sytuacji wyraźnego braku zgody Odwołującego na realizację zamówienia względem jego własnego majątku przez inny podmiot.

Interes podmiotu korzystającego ze środka ochrony prawnej w ujęciu art. 505 ust. 1 ustawy, stanowi przesłankę materialnoprawną tego środka. Posiadanie tego interesu decyduje o istnieniu legitymacji czynnej do wniesienia środka ochrony prawnej, zatem musi on zostać wykazany na etapie wnoszenia danego środka, które to warunki odwołujący spełnia kilkutorowo. Odwołujący stoi na stanowisku, że zastosowany przez Zamawiającego tryb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nieprawidłowy i w związku z powyższym nie składał on oferty w tym wadliwie zastosowanym trybie.

Jednocześnie Odwołujący spełnia przesłankę posiadania interesu prawnego, albowiem złożył w toku ww. postępowania pismo z dnia 1 grudnia 2023 r., którym Odwołujący wzywał Zamawiającego do wyjaśnienia treści dokumentów przetargowych, ich dostosowania do warunków własnościowych infrastruktury objętej przedmiotowym zamówieniem oraz do unieważnienia postępowania z uwagi na naruszenie przepisów ustawy oraz przepisów kodeksu cywilnego w zakresie prawa własności. Odwołujący wskazywał na przesłanki niejasności SWZ i dokumentów przetargowych w zakresie informacji o uwarunkowaniach prawnych i faktycznych wiążących się ze złożeniem oferty i wykonaniem prac objętych zamówieniem, jak również niejasności w zakresie objęcia ceną ofertową potencjalnych roszczeń finansowych właściciela infrastruktury objętej zamówieniem (Energia Oświetlenie Sp. z o. o.) związanych z naruszeniem prawa własności w przypadku, gdy Spółka ta nie udziela zgody na korzystanie z majątku oświetleniowego. Wskutek powyższego, Odwołujący uzyskał status uczestnika postępowania. Odwołujący przy tym zwraca uwagę, że dokumenty przetargowe w kontekście powyższych aspektów zamówienia nie były sformułowane w sposób przejrzysty i istniała potrzeba doprecyzowania ich w zakresie, który podnosił Odwołujący. Według Odwołującego treść dokumentacji budziła poważne wątpliwości i według niego nie była jasna. W tym zakresie istniały uzasadnione zastrzeżenia i wątpliwości co do merytorycznych wymagań przedmiotu zamówienia. Dla Odwołującego nie jest bowiem jasne, jak wybrany wykonawca miałby realizować wymagania przedmiotu zamówienia w warunkach braku zgody właściciela infrastruktury na wykonywanie jakichkolwiek czynności na tym majątku. Odwołujący zwracał Zamawiającemu uwagę na powyższe również pismem z dnia 9 stycznia 2024 r. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia jako podmiot, któremu przysługuje wyłączone prawo własności względem infrastruktury stanowiącej

przedmiot usług objętych zamówieniem w ramach przedmiotowego postępowania. W załączeniu do niniejszego Odwołania, Odwołujący składa dokumentację potwierdzającą tytuł własności do infrastruktury oświetleniowej na terenie Gminy Miejskiej Ostróda. Zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy przez wykonawcę należy 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. Odwołujący posiada status wykonawcy, albowiem jest osobą prawną oferującą swoje usługi na rynku świadczenia usług, któremu zostałyby udzielone zamówienie w niniejszym postępowaniu, gdyby Zamawiający zastosował tryb właściwy. Środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują ponadto innemu podmiotowi, jeżeli miał lub ma interes w uzyskaniu zamówienia. Inny podmiot (tzn. osoba fizyczna, osoba prawna, jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej), musi być w stanie wykazać spełnienie materialnoprawnych przesłanek do skorzystania ze środka ochrony prawnej – 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. Odwołującemu przysługuje wyłączne prawo własności względem infrastruktury stanowiącej przedmiot usług objętych zamówieniem w ramach przedmiotowego postępowania, a co wynika z powyższego wskutek udzielenia zamówienia innemu wykonawcy, naruszone zostało prawo własności Odwołującego, jak również po stronie Odwołującego powstanie szkoda będąca wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, pozostająca w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom postępowania, albowiem wskutek tych naruszeń Odwołujący nie uzyskał zamówienia. Odwołujący posiada zatem obiektywną i wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia, tj. nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Bieżąca konserwacja, naprawy i utrzymanie oświetlenia ulicznego i parkowego” nr ZP.271.35.2023*. W świetle powyższego, nie budzi jakichkolwiek wątpliwości, że Odwołujący posiada interes prawny do wniesienia niniejszego odwołania. Zamawiający swoimi czynnościami sprzecznymi z prawem pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, w sytuacji, gdy Odwołujący chciał i powinien uzyskać zamówienie w trybie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) ustawy, a ponadto w prowadzonym postępowaniu treść dokumentów przetargowych budziła poważne zastrzeżenia i niejasności względem statusu własnościowego infrastruktury objętej zamówieniem, a umowa która byłaby zawarta w wyniku tego postępowania z wybranym ostatecznie wykonawcą nie może być realizowana, albowiem właściciel przedmiotowej infrastruktury nie wyraża zgody na wykonywanie

jakichkolwiek działań na jego majątku przez inny podmiot niż on sam. Tym samym, istniały uzasadnione zastrzeżenia i wątpliwości co do merytorycznych wymagań przedmiotu zamówienia. Dla Odwołującego nie jest bowiem jasne, jak wybrany wykonawca miałby realizować wymagania przedmiotu zamówienia w takich warunkach.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień publicznych w dniu 28 listopada 2024 roku pod numerem 2023/BZP 00518748/01.

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 21 grudnia 2023 roku, w terminie zostały złożone trzy oferty:

- Przedsiębiorstwo Robót Elektrycznych i Technicznych EL-TRONIC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostródzie,
- Usługi Elektryczno- Montażowe ANDREX A. K. Ostróda, Idzbark,
- ETO SYSTEM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie.

Izba ustaliła, na podstawie akt postępowania odwoławczego oraz informacji przekazanej przez Zamawiającego za pismem z dnia 24 stycznia 2024 roku, że w dniu 4 stycznia 2024 roku została opublikowana przez Zamawiającego informacja o wyniku postępowania pod nazwą *Bieżąca konserwacja, naprawy i utrzymanie oświetlenia ulicznego i parkowego*.

Zgodnie z informacjami wynikającymi z akt postępowania, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia:

- Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Przedsiębiorstwo Robót Elektrycznych i Technicznych EL-TRONIC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostródzie,
- w postępowaniu wpłynęły również oferty złożone przez:
 - Usługi Elektryczno- Montażowe ANDREX A. K. Ostróda, Idzbark (łączna punktacja 92,50 pkt)
 - ETO SYSTEM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie (oferta została odrzucona).

Izba ustaliła również, że w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowym postępowaniu w dnia 5 grudnia 2023 r. *Energa Oświetlenie*

spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie, wniosła odwołanie na czynność wszczęcia postępowania w trybie podstawowym oraz zaniechanie przez Zamawiającego wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Odwołujący wniósł odwołanie od:

„1. niezgodnej z przepisami ustawy p.z.p. czynności Zamawiającego, polegającej na ogłoszeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisach art. 275 pkt 1 p.z.p., w sytuacji gdy Energa Oświetlenie Sp. z o. o. będąca właścicielem i jedynym dysponentem majątku oświetleniowego, przyłączonego do majątku oświetleniowego Gminy Miasta Ostróda, nie wyraża zgody, aby utrzymanie, konserwację i eksploatację infrastruktury podłączonej do tejże sieci prowadził podmiot trzeci (wykonawca, wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego);

2. niezgodnej z przepisami ustawy p.z.p. czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu w powyższych okolicznościach ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) p.z.p., mimo że usługi mogą być w tym przypadku świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz z uwagi na ochronę praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, a przy tym nieistnienia rozsądnego rozwiązania alternatywnego lub rozwiązana zastępczego dla wykonania zamówienia.”.

Odwołanie to (z dnia 5 grudnia 2024 roku) zostało odrzucone postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2023 r oku sygn. akt KIO 3672/23 jako złożone po terminie.

Izba z urzędu stwierdza w tym miejscu, że na podstawie **postanowienia z dnia 15 stycznia 2024 roku wydanego przez Izbę sygn. akt KIO/W 2/24** Izba uchyliła zakaz zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Bieżąca konserwacja, naprawy i utrzymanie oświetlenia ulicznego i parkowego”.

Izba ustaliła, że w treści odwołania (str. 4) Odwołujący podał, że nie złożył oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - *Odwołujący stoi na stanowisku, że zastosowany przez Zamawiającego tryb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nieprawidłowy i w związku z powyższym **nie składał on oferty** w tym wadliwie zastosowanym trybie.*

Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy, że na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

- art. 7 pkt 30 ustawy - Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o:

- 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;

- art. 505 ust. 1 ustawy - 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.

- art. 505 ust. 2 ustawy - 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.

Izba stwierdziła, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 528 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, ponieważ odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 528 pkt 2 ustawy nakłada obligatoryjną przesłankę odrzucenia odwołania jeżeli Izba stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Krąg podmiotów nieuprawnionych do wniesienia odwołania wytyczony został przez ustawodawcę w ten sposób, że wskazane zostały podmioty uprawnione do wniesienia odwołania na określonym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, każdy podmiot, który nie mieści się w kręgu podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania będzie podmiotem nieuprawnionym.

Krąg podmiotów uprawnionych do skutecznego wniesienia odwołania określa art. 505 ustawy. Kluczowe znaczenie dla określenia kręgu podmiotów uprawnionych do skutecznego wniesienia odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy, ma moment wniesienia

odwołania tj. czy odwołanie zostaje wniesione przed terminem składania ofert w postępowaniu

o udzielenie zamówienia, czy też odwołanie zostaje wniesione po terminie składania ofert.

Po terminie składania ofert oraz dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia krąg podmiotów uprawnionych do skutecznego złożenia odwołania zostaje zakreślony (ograniczony) do podmiotów, jakie złożyły oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Gdyby chcieć rozumieć ten przepis w inny sposób, szerzej przez odniesienie do nieokreślonego kręgu podmiotów to w ocenie Izby prowadziłyby do absurdalnej sytuacji, w której każdy podmiot, na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia mógłby kwestionować wszelkie czynności i zaniechania Zamawiającego. Jak również taka interpretacja byłaby wprost niezgodna z obowiązującymi przepisami.

Wymaga wskazania w tym miejscu, że wykonawcą zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej i ten zakres określenia kręgu podmiotowego pokrywa się z podnoszonym w doktrynie zakresem „innego podmiotu” wskazanego w art. 505 ust. 1 ustawy – *„inny podmiot (tzn. osoba fizyczna, osoba prawna, jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej)”* (tak Komentarz. Prawo zamówień publicznych red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2023 r. str. 1325). Takie określenie nie stanowi przypadkowości, bowiem jak wynika z regulacji art. 7 pkt 30 ustawy i stanowisk doktryny (jw. dla art. 7 pkt 30 ustawy) odwołanie do tak szerokiego zakresu podmiotowego miło na celu przekreślenie wszelkich wątpliwości odnoszących się do tego, czy ofertę w postępowaniu może złożyć jedynie przedsiębiorca. Tym samym dopuszczono jednoznacznie w ustawie szeroki krąg podmiotów uprawnionych do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przekreślając tym samym wszelkie doktrynalne spory odnoszące się do tożsamości prawnej podmiotu uprawnionego do udziału w postępowaniu. Ta wzajemna korelacja przepisów pozostająca we wzajemnej zgodności i podlega również powiązaniu z etapami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Status wykonawcy (osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej), w definicji legalnej zawartej w art. 7 pkt 30 ustawy, jest skorelowany z etapami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co jednoznacznie wynika również z treści przepisu.

W pierwszej części przepisu (art. 7 pkt 30 ustawy) ustawodawca jednoznacznie odnosi się do podmiotów (osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej), które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych

lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia – jest to bardzo szerokie określenie kręgu podmiotowego, w którym ustawodawca odnosi się zarówno do podmiotów, które są w stanie oferować dany przedmiot objęty zamówieniem, jak również te co będą się o takie zamówienia ubiegać. Odniesienie to powiązane jest z etapem postępowania po ogłoszeniu postępowania (a przed terminem składania ofert). Wszystkie zainteresowane podmioty danym zamówieniem mogą na tym etapie kwestionować działania Zamawiającego, w tym również kwestionować np. przyjęcie przez Zamawiającego określonego trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dla przykładu: kwestionowanie przyjętego przez Zamawiającego trybu konkurencyjnego lub kwestionowanie trybu niekonkurencyjnego prowadzonego postępowania). Zestawiając tak szerokie określenie kręgu podmiotów powiązanych z etapem postępowania (art. 7 pkt 30 ustawy) z regulacją art. 528 pkt 2 ustawy w nawiązaniu do kręgu podmiotowego z art. 505 ust. 1 ustawy i podanych „innych podmiotów” Izba stwierdza, że „inne podmioty” określone w tym przepisie, to właśnie te wszystkie, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, a które to są osobą fizyczną, osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej. W wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r. sygn. akt. XII Ga 92/12 jednoznacznie podano, że *W rozumieniu tego przepisu (w orzeczeniu art. 179 ust. 1 ustawy z 2004 roku, obecnie art. 505 ust. 1 ustawy z 2019 roku) „innymi osobami” będą potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość*

zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia czy też zapytania o cenę). Podmioty te zostają, bowiem pozbawione szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w trybie rozpoczynającym się publicznym ogłoszeniem. Podmiot przynależny do tej kategorii legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej, analogicznie do innych uprawnionych musi wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W związku z powyższym pozostałe przesłanki materialnoprawne odwołania powodują, iż podmioty zaliczane do omawianej kategorii legitymowanych muszą wykazać swój bezpośredni związek z prowadzonym postępowaniem, w którym składają odwołanie. Względnie muszą wykazać, że działania lub zaniechania zamawiającego pozbawiają ich możliwości wzięcia udziału w danym postępowaniu. W niniejszym postępowaniu w zakresie zaskarżania wyboru trybu przez podmiot nieuczestniczący w postępowaniu, interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być rozumiany w sposób abstrakcyjny, jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia, którego przedmiot jest objęty postępowaniem udzielanym w zaskarżanym trybie. Przesłanka

posiadania tak rozumianego „interesu” w uzyskaniu danego zamówienia pozwala, zatem (...) skarżyć czynności zamawiającego polegające na nieprawidłowym zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki.

Orzeczenie to, choć wydane w oparciu o ówczesnie obowiązujący stan prawny, z uwagi na zbieżność przepisów pozostaje aktualne.

Mając powyższe na uwadze, Izba wskazuje, że w rozpoznawanej sprawie Odwołujący w dniu 5 grudnia 2023 roku złożył odwołanie, w którym kwestionował tryb prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego co oznacza, że miał pełną świadomość tego, że uprawniony był do takiego działania. Jednakże odwołanie to zostało odrzucone z powodu uchybienia terminu na jego skuteczne wniesienie.

W drugiej części przepisu art. 7 pkt 30, po przecinku (,), ustawodawca precyzyjnie odnosi się do podmiotów (osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej), które złożyły ofertę lub zawarły umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zastosowanie podziału wynikającego z użycia znaku interpunkcyjnego „przecinka” (,) powoduje, że w tym zakresie przechodzimy do zakresu podmiotowego powiązanego bezpośrednio z procedowaniem postępowania o zamówienie (kolejny etap postępowania) przez odniesienie się do tych podmiotów, które złożyły ofertę lub do tych podmiotów, które zawarły umowę. Oznacza to, że „wykonawca” na tym etapie postępowania tj. po terminie składania ofert, rozumiany jest jako ten co złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ma już mowy o „innych podmiotach”, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, bowiem na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (po terminie składania ofert) wykonawcą jest ten co złożył ofertę, czyli podmiot który bierze udział w postępowaniu. Oznacza to, że na tym etapie postępowania ograniczona jest już ilość wykonawców (ilość wykonawców jest taka, jak ilość złożonych ofert w postępowaniu). Wykonawcą pozostaje również ten, który zawarł umowę – a to już jest kolejny etap zawarcia umowy po przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W podsumowaniu powyższego Izba wskazuje, że tak dokonana wykładnia przez Izbę znajduje odzwierciedlenie w uzasadnieniu zawartym w stanowisku doktryny, a mianowicie: *Status wykonawcy jest skorelowany z etapami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w toku którego następuje stopniowe ograniczanie kręgu podmiotów, które są definiowane jako wykonawcy. Od najszerszego, nieograniczonego kręgu podmiotów na etapie ogłoszenia*

o zamówieniu, po wąską grupę podmiotów, które złożyły oferty, by ostatecznie wykonawcą pozostał jedynie podmiot, który zawarł umowę i realizuje zamówienie. (tak Komentarz. Prawo zamówień publicznych red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2023 r. str. 90).

Mając na uwadze cały powyższy wywód – jak również ugruntowane zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie stanowiska, co do tego, że „wykonawcą” w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uprawnionym do skutecznego wniesienia odwołania na etapie postępowania o zamówienie po składaniu ofert, jest ten podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – Izba stwierdza, że *Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie* nie jest wykonawcą, a to oznacza, że nie jest uprawniona do skutecznego wniesienia odwołania bowiem nie jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania. Tym samym, na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Izba stwierdziła podstawę odrzucenia odwołania. Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w postanowieniu.

Przewodniczący:

.....

.....