

POSTANOWIENIE
z dnia 28 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 28 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2021 r. przez wykonawcę Zeto Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie przy ul. Seweryna Pieniężnego 15 (10-003 Olsztyn) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Grunwald z siedzibą w Gietrzwałdzie pod numerem 33 (14-107 Gietrzwałd)

przy udziale wykonawcy – Polski Instytut Rozwoju Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Twardej 18 (00-105 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Zeto Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę 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 ze 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:

Uzasadnienie

Gmina Grunwald z siedzibą w Gietrzwałdzie zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieorganicznego pn.: *Nowoczesne usługi cyfrowe dla mieszkańców Gminy Grunwald* o numerze referencyjnym ZW.271.3.2020, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 listopada 2020 r., pod numerem 2020/ 227-556651.

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

W dniu 31 maja 2021 r. wykonawca Zeto Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- czynności wyboru oferty wykonawcy Polski Instytut Rozwoju (zwanego dalej: „PIR”) jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PIR;
- zaniechania wykluczenia wykonawcy PIR z postępowania;
- zaniechania udostępnienia jawnej dokumentacji postępowania;
- zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania PIR do złożenia oświadczenia potwierdzającego, że zaoferowane urządzenia spełniają wymagania postawione przez zamawiającego w zakresie:

- zgodności z dyrektywą RoHS Unii Europejskiej o eliminacji substancji niebezpiecznych i normą ISO 1043-4 dla płyty głównej oraz elementów wykonanych z tworzyw sztucznych o masie powyżej 25 gram oraz
- w zakresie głośności jednostki centralnej wynoszącej maksymalnie 26 dB, (tj. wymaganie pkt 6 Stacjonarny zestaw komputerowy wers 14 tabeli „Ergonomia” dotyczącego głośności jednostki centralnej wynoszącej maksymalnie 26 dB),

pomimo, że treść oświadczenia producenta Dell złożonego dnia 10 maja 2021 r. przez wykonawcę PIR jest niekompletna, zawiera błędy lub powinna wzbudzić poważne wątpliwości zamawiającego w zakresie konkretnych urządzeń, których zgodność została potwierdzona przez producenta Dell;

a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PIR, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) w zakresie:

1) zgodności zaoferowanego przez PIR sprzętu Dell OptiPlex 5480 All-in-One oraz Dell Latitude 3510 z dyrektywą RoHS Unii Europejskiej o eliminacji substancji niebezpiecznych i normą ISO 1043-4 dla płyty głównej oraz elementów wykonanych z tworzyw sztucznych o masie powyżej 25 gram (pkt 6 Stacjonarny zestaw komputerowy i pkt 7 Laptop Załącznika nr 3b do SIWZ), bowiem w złożonym przez PIR oświadczeniu producent Dell nie wskazał w pkt. 1, których konkretnie urządzeń dotyczy oświadczenie o spełnieniu wymagań, a dodatkowo pkt 2 wskazuje, że oświadczenie nie dotyczy urządzenia zaoferowanego przez PIR, tj. Dell OptiPlex 5480 All-in-One, ale urządzenia Dell Optiplex 3280 AIO, czyli urządzenia zaoferowanego przez odwołującego, którego oferta właśnie z powodu niespełnienia powyższych wymagań została odrzucona przez zamawiającego, 2) pkt 6 Stacjonarny zestaw komputerowy wers 14 tabeli „Ergonomia” dotyczącego głośności jednostki centralnej wynoszącej maksymalnie 26 dB, bowiem wykonawca PIR złożył oświadczenie producenta potwierdzające spełnienie wymagań przez komputer Dell Optiplex 3280 AIO, a nie komputer Dell Optiplex 5480 AIO zaoferowany przez wykonawcę PIR;

2. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy PIR do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, w tym jej części składowej w zakresie ceny jednostkowej za: *„Dostawa, instalacja systemu e-Urząd z portalem płatności, Zintegrowanego Systemu Informatycznego do obsługi Urzędu, systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów (SEOD) niezbędnych do uruchomienia nowych usług elektronicznych”,* wskazanej w pkt 4 wers 3 Tabeli Formularza ofertowego złożonego przez PIR (str. 3 Formularza Ofertowego), a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PIR pomimo, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie ceny jednostkowej za: *„Dostawa, instalacja systemu e-Urząd z portalem płatności, Zintegrowanego Systemu Informatycznego do obsługi Urzędu, systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów (SEOD) niezbędnych do uruchomienia nowych usług elektronicznych”,* wskazanej w pkt 4 wers 3 Tabeli Formularza ofertowego złożonego przez PIR (str. 3 Formularza Ofertowego);

3. art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust.1 w zw. z art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej: „UZNK”) przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PIR, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w związku ze zaoferowaniem nierealnego terminu realizacji zamówienia w zakresie Etapu 3 zamówienia, ewentualnie naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania PIR do wyjaśnienia treści oferty w zakresie oświadczenia co do

terminu realizacji zamówienia jeżeli z dokumentów postępowania wynikałoby, że zamawiający nie dokonał weryfikacji i badania oferty PIR w tym zakresie;

4. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PIR z postępowania pomimo, że w treści oferty przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, tj. w zakresie zaoferowania nierealnego terminu realizacji zamówienia;

5. art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania PIR do uzupełnienia Zobowiązania do udostępnienia zasobów wystawionego przez Korelacja Systemy Informatyczne sp. z o.o. (dalej „KSI”), na którego zasoby powołuje się PIR w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które w treści złożonej wraz z ofertą nie stanowi podstawy do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez PIR w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, ewentualnie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia PIR z postępowania pomimo, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zasobów udostępnionych przez podwykonawcę KSI (w przypadku, gdyby z jawnej dokumentacji postępowania, której nie udostępnił zamawiający odwołującemu wynikało, że zamawiający wzywał PIR do uzupełnienia Zobowiązania do udostępnienia zasobów);

6. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PIR, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu;

7. art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia dokumentów postępowania oraz dokumentów złożonych przez wykonawcę PIR w postępowaniu, o których przekazanie wielokrotnie wnioskował odwołujący pomimo, że zawierają one informacje jawne, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub nie zostały skutecznie zastrzeżone przez PIR jako tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności nieudostępnienie kart katalogowych urządzeń zaoferowanych przez PIR i oświadczeń producenta, deklaracji CE, certyfikatów, wydruków ze stron internetowych, dokumentów złożonych przez PIR w odpowiedzi na wezwanie do ich przedstawienia na podstawie art. 26 ust.1 Pzp, tj. m.in. wykazu wykonanych dostaw i referencji, wykazu osób, opisu oferowanego oprogramowania aplikacyjnego, kart katalogowych wraz z tłumaczeniem oraz innych dokumentów potwierdzających, że sprzęt komputerowy spełnia wymagania zamawiającego, pomimo, że PIR nie przekazał zamawiającemu wraz z dokumentami złożonymi w odpowiedzi na wezwanie z dnia 30 kwietnia 2021 r. uzasadnienia wykazującego, że dokumenty i informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa PIR w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, a dodatkowo dokumenty pochodzące od producenta sprzętu komputerowego opisujące jego parametry i funkcjonalności oraz certyfikaty, deklaracje CE wskazujące zgodność z normami i wydruki ze stron internetowych stanowią informacje jawne;

8. z ostrożności, w związku z brakiem udostępnienia odwołującemu przez zamawiającego wszystkich dokumentów złożonych przez PIR w postępowaniu, odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy PIR do złożenia wszystkich dokumentów wymaganych przez zamawiającego w postępowaniu w celu potwierdzenia spełnienia wymagań przez wykonawcę PIR wskazanych w Załączniku nr 3b i Załączniku nr 3c do SIWZ (i załączników do Załącznika nr 3c stanowiących jego integralną część), szczegółowo wymienionych przez odwołującego w pkt 8 uzasadnienia odwołania;

co w konsekwencji doprowadziło do rażącego naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wyboru wykonawcy PIR niezgodnie z przepisami Pzp.

Stawiając powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty PIR jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 2) wykluczenie wykonawcy PIR z postępowania oraz odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę w postępowaniu,

ewentualnie wezwanie wykonawcy PIR do wyjaśnienia ceny oferty, wezwanie do wyjaśnienia treści oferty, wezwanie do złożenia dokumentów na podstawie art 26 ust. 1 lub ust. 3 Pzp oraz wezwanie do złożenia uzupełnionego Zobowiązania do udostępnienia zasobów zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ, a następnie wykluczenie wykonawcy PIR z postępowania oraz odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę w postępowaniu

- 3) unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania odwołujący wskazał, że składając odwołanie, kwestionuje wskazane w nim czynności i zaniechania. Wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ złożył ofertę w postępowaniu, a jego oferta została odrzucona z postępowania jednakże, jedyna pozostała w postępowaniu oferta złożona przez PIR także powinna podlegać odrzuceniu, a dodatkowo wykonawca PIR powinien zostać wykluczony z postępowania. Zamawiający dokonując badania i oceny oferty PIR oraz dokumentów podmiotowych złożonych przez wykonawcę PIR błędnie uznał, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu z postępowania, a także, że jego oferta nie podlega odrzuceniu. Odwołujący zwrócił uwagę, że pomimo, iż jego oferta została odrzucona, to ma on interes w złożeniu odwołania na niezgodny z przepisami Pzp wybór oferty PIR jako najkorzystniejszej, bowiem uwzględnienie odwołania będzie skutkowało unieważnieniem czynności wyboru oferty wykonawcy PIR, wykluczeniem wykonawcy PIR z postępowania i odrzuceniem jego oferty, a w konsekwencji, z powodu braku istnienia w postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu, obowiązkiem unieważnienia postępowania przez

zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Umożliwi to odwołującemu złożenie oferty w kolejnym ogłoszonym przez zamawiającego postępowaniu i realizację przedmiotu zamówienia. Odwołujący jest bowiem zainteresowany wzięciem udziału w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obejmującego przedmiot zamówienia niniejszego postępowania. Według odwołującego istnienie jego interesu we wniesieniu odwołania potwierdza ugruntowane i aktualnie obowiązujące stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wskazujące, że pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia może dotyczyć również ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie danego przedmiotu zamówienia. *„Okoliczność, iż pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, została przesądzona w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (por. itp. wyrok TSUE z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama). W konsekwencji uznaje się, że interes w uzyskaniu zamówienia trwa co najmniej do czasu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia. Ww. interpretację itp. 179 ust. 1 ustawy Pzp potwierdza także wykładnia dokonana przez TSUE w wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 Puligenica Facility Esc, jak również w wyroku ETS z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 Fastweb. Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygnęła w wyroku z dnia 26 kwietnia 2019 r. (sygn. akt KIO 703/19) Jak wskazał Zamawiający, naruszenie interesu polega na utraceniu przez wykonawcę szans na wygranie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w okolicznościach tej sprawy Odwołujący nie ma szans na wygranie niniejszego postępowania. (...) Powyższy pogląd Zamawiającego jest błędny, a opinie, na które się powołuje, nieaktualne w świetle bieżącego orzecznictwa, czy to krajowego, czy to w szczególności Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który przesądził przedmiotową kwestię. Itp. w wyroku z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama Trybunał wskazał bowiem, że „pojęcie danego zamówienia w rozumieniu itp. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66 [tzw. dyrektywy odwoławczej], może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. „Dane zamówienie” nie jest więc równoznaczne „danemu postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”, lecz „danemu przedmiotowi zamówienia”. W ocenie odwołującego w wyniku naruszenia przepisów Pzp przez zamawiającego, opisanych w odwołaniu, postępowanie powinno zostać unieważnione. Brak unieważnienia postępowania będzie oznaczał wybór wykonawcy PIR niezgodnie z przepisami Pzp, a także doprowadzi do sytuacji, w której odwołujący zostanie pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co w konsekwencji spowoduje u niego szkodę w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby realizując przedmiot zamówienia. W związku z powyższym, odwołujący stwierdził, że niewątpliwie posiada interes w złożeniu odwołania i unieważnieniu*

postępowania.

W dniu 5 czerwca 2021 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca Polski Instytut Rozwoju Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej „przystępującym”).

W tym samym dniu przystępujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pisemne stanowisko wnioskując o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., zwanej dalej: „nPzp”) w zw. z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. jako wniesione przez podmiot nieuprawniony, ewentualnie oddalenie odwołania z powodu niewykazania przez odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W uzasadnieniu przedmiotowego pisma przystępujący przedstawił argumentację dla powyższego wniosku.

W dniu 11 czerwca 2021 r. zamawiający złożył do akt sprawy pismo, w którym stanął na stanowisku, że odwołanie powinno zostać odrzucone na podstawie art. 528 pkt 2 nPzp w zw. z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. jako wniesione przez podmiot nieuprawniony. Zamawiający zwrócił uwagę, że oferta odwołującego została odrzucona na wcześniejszym etapie postępowania, która to czynność stała się ostateczna wskutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 kwietnia 2021 r. o sygn. akt KIO 742/21, oddalającego odwołanie wniesione przez odwołującego. W konsekwencji odwołujący utracił trwale status uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawca, który utracił status aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia w wyniku odrzucenia jego oferty, której to czynności skutecznie nie zakwestionował, nie jest uprawniony do wniesienia odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W związku z powyższym wniesione odwołanie podlega odrzuceniu, ewentualnie oddaleniu w związku z brakiem wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody wskutek naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego.

Odwołujący w odpowiedzi na pismo przystępującego w dniu 17 czerwca 2021 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym odniósł się m. in. do wniosku o odrzucenie odwołania. W replice do tego wniosku odwołujący wyjaśnił, że przystępujący żądał odrzucenia odwołania, względnie oddalenia odwołania. W ocenie odwołującego, przystępujący wskazał jednak jedynie ogólnikowo, że odwołanie jest w całości bezzasadne i w żadnym zakresie nie odnosi się merytorycznie do jego treści, w szczególności udowadniając, że wskazane w odwołaniu brakujące dokumenty i oświadczenia producenta zostały złożone i są prawidłowe. Potwierdza to, że przystępujący domaga się

uprzywilejowanego (odmiennego niż odwołujący) traktowania w postępowaniu i konwalidowania przez KIO ewidentnych naruszeń zamawiającego zaistniałych w postępowaniu w zakresie badania i oceny oferty przystępującego. Należy bowiem przypomnieć, że przystępujący żądając odrzucenia oferty odwołującego w piśmie z dnia 18 lutego 2021 r. (wniosek o odrzucenie oferty odwołującego) skierowanym do zamawiającego jednoznacznie wskazywał, że brak dostarczenia oświadczeń producenta i złożenia dokumentów wymaganych w postępowaniu powinno skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ – cyt. *Nie ulega wątpliwości, że na wykonawcy ciążył obowiązek przedstawienia konkretnych dokumentów w postaci oświadczenia producenta. Zważyć należy, że na etapie ogłoszenia o zamówieniu, na pytanie czy Zamawiający dopuści alternatywnie do oświadczeń producenta dokumenty ze strony producenta potwierdzające wymogi głośności, certyfikatów i standardów oraz rodzaj gwarancji, zamawiający podtrzymał wymagania określone w SIWZ i OPZ*".

Następnie odwołujący wskazał, że aktualnie pomimo, iż z udostępnionej odwołującemu dokumentacji ewidentnie wynika, że przystępujący nie złożył wymaganych dokumentów w zakresie przedmiotowym i podmiotowym twierdzi, że jego oferta została wybrana zgodnie z przepisami Pzp, a w postępowaniu nie doszło do żadnych naruszeń. Nie ulega wątpliwości, że zasady, które jak wynika z powyższego, są bardzo dobrze znane przystępującemu i wskazane w SIWZ przez zamawiającego powinny być stosowane wobec wszystkich wykonawców, a nie jedynie wybiórczo, aby za wszelką cenę wybrać przystępującego. Takiego działania zamawiającego w żaden sposób nie można uznać za prawidłowe, a tym bardziej stwierdzić, że w postępowaniu nie doszło do żadnych naruszeń.

Zdaniem odwołującego wbrew twierdzeniu przystępującego, odwołujący był uprawniony do złożenia odwołania. Nie ulega wątpliwości, że żaden z przepisów nPzp, ani Pzp, nie stanowi, że wykonawca, którego oferta została odrzucona z postępowania jest już pozbawiony środków ochrony prawnej w tym konkretnym postępowaniu. Zgodnie z treścią art. 505 nPzp – *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*. Natomiast zgodnie z definicją wykonawcy zawartą w art. 7 pkt 30 nPzp *Ilekcroć 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*. Mając zatem na uwadze treść powyższych przepisów odwołujący skonstatował, że nie ulega wątpliwości, iż spełnił wszystkie przesłanki warunkujące

możliwość złożenia odwołania na niezgodny z przepisami Pzp wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Dodatkowo, jak wskazał już odwołujący w treści odwołania, istnienie interesu w złożeniu odwołania w celu unieważnienia postępowania oraz fakt, że *interes w uzyskaniu zamówienia trwa co najmniej do czasu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia* zostało potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 26 kwietnia 2019 r. (sygn. akt KIO 703/19) oraz przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok TSUE z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama).

W dalszej części pisma odwołujący odniósł się do zakresu dokumentacji postępowania, która została mu udostępniona w dniu 2 czerwca 2021 r. (braku udostępnienia całości jawnej dokumentacji), braku złożenia dokumentacji przez przystępującego, zaniechania odrzucenia oferty w kontekście rażąco niskiej ceny oferty w zakresie ceny jednostkowej, zaoferowania nierealnego terminu realizacji zamówienia w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji (zaniechania odrzucenia oferty przystępującego oraz zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania), zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania wobec braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W podsumowaniu ww. pisma odwołujący stwierdził, że posiada interes we wniesieniu odwołania i wniósł o jego rozpoznanie. Nie ulegało wątpliwości odwołującego, że zamawiający dokonując wyboru oferty wykonawcy przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w sposób rażąco naruszył wszystkie wskazane przez odwołującego przepisy Pzp. W związku z powyższym złożone przez odwołującego odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie. W ocenie odwołującego, zamawiający jest w pełni świadomy swoich naruszeń, liczy jednak na to, że ewidentne wady postępowania zostaną konwalidowane przez KIO w wyniku odrzucenia odwołania odwołującego. W ocenie odwołującego zamawiający po odrzuceniu oferty odwołującego uznał, że może swobodnie, już bez żadnej kontroli wybrać ofertę przystępującego (za wszelką cenę), tj. zaprzestać stosowania przepisów Pzp i zasad ustalonych w SIWZ w stosunku do przystępującego, oraz nie udostępniać istotnej części jawnej dokumentacji postępowania, aby całkowicie uniemożliwić odwołującemu weryfikację i zaskarżenie podejmowanych przez niego czynności.

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 20 listopada 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy 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 ze zm.).

W dniu 25 lutego 2021 r. zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez odwołującego.

Odwołujący w dniu 8 marca 2021 r. wniósł w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności odrzucenia jego oferty, podnosząc zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1 oraz art. 9 ust. 1 Pzp.

Izba wyrokiem z dnia 13 kwietnia 2021 r. o sygn. akt KIO 742/21 oddaliła odwołanie wniesione przez odwołującego w dniu 8 marca 2021 r. Jak wynika z okoliczności sprawy odwołujący nie złożył skargi na powyżej wskazane orzeczenie Izby.

W dniu 20 maja 2021 r. zamawiający powiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

Zgodnie z art. 528 pkt 2 nPzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 i 2 nPzp 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 pkt 30 nPzp **Ile** kroć 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.”*

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.*

Na poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła: odwołanie, pismo procesowe przystępującego z dnia 5 czerwca 2021 r., pismo zamawiającego z dnia 11 czerwca 2021 r., pismo procesowe odwołującego z dnia 17 czerwca 2021 r. oraz dokumentację przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 21 czerwca 2021 r. w postaci elektronicznej zapisanej na nośniku typu pendrive.

Izba zważyła, co następuje:

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 nPzp 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 organizacje 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 13 kwietnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 742/21 oddalającego zarzut odrzucenia jego oferty, ostatecznie utracił status wykonawcy w postępowaniu. Zauważenia wymaga, że na dzień złożenia przedmiotowego odwołania, czyli 31 maja 2021 r. odwołującemu, nie można już było przypisać statusu wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 30 nPzp. Odwołujący utracił również prawo do podważania dalszych czynności w postępowaniu. Odwołujący nie jest zatem ani „wykonawcą” ani określonym w nPzp „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 upatrywał w dążeniu do unieważnienia postępowania i ewentualnego uzyskania zamówienia w kolejnym postępowaniu, wskazania wymaga, że Izba, w myśl art. 555 nPzp 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. 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. 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 przedmiotowej sprawie. Stanowisko uznające, 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, z dnia 1 kwietnia 2021 sygn. akt 661/21. 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.

Ponadto Izba uznała za nieadekwatne orzeczenia cytowane przez odwołującego. Wyrok z dnia 26 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 703/19 dotyczył uprawnienia do wniesienia odwołania przez przyzmat unieważnienia postępowania wskutek złożenia oferty przekraczającej budżet zamawiającego, która to oferta nie została jednak odrzucona, a wykonawca nie został wykluczony z postępowania. Natomiast w wyroku z dnia 20 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1256/20, KIO 1260/20 argumentacja dotycząca pojęcia interesu w uzyskaniu danego zamówienia odnosiła się do możliwości wniesienia odwołania przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w danym postępowaniu.

Dodatkowo wbrew kategoriycznym stwierdzeniom odwołującego zawartym w piśmie z dnia 17 czerwca 2021 r., Izba w wyniku odrzucenia przedmiotowego odwołania w żaden sposób nie „konwalidowała” czynności zamawiającego. Jak wskazano powyżej w związku z wypełnieniem się przesłanki określonej w art. 528 pkt 2 nPzp odwołanie zostało odrzucone, co oznaczało, że Izba nie rozpoznała zarzutów zawartych w odwołaniu i w żadnym razie nie wypowiedziała się co do meritum sprawy.

Dlatego też Izba na podstawie art. 553 zdanie 2 oraz art. 528 pkt 2 nPzp 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 nPzp, 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 rozliczenia 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: