

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 30 maja 2016 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu **30 maja 2016 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2016 roku przez wykonawcę Odwołującego **APATOR Elkomtech S.A. z siedzibą w Łodzi**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **ENERGA - OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**postanawia:**

- 1. Odrzuca odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – APATOR Elkomtech S.A. z siedzibą w Łodzi i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – APATOR Elkomtech S.A. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania.**

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – **ENERGA - OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku** – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, ze zm.; zwanej dalej również „ustawą Pzp” lub „ustawy”), w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia w przedmiocie dostawa rozłączników napowietrznych SN w obudowie zamkniętej z zespołami telesterowania i telesygnalizacji.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25 listopada 2015 r. pod nr 2015/S 228-415828. Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący w dniu 20 maja 2016 roku wniósł odwołanie na podstawie art. 180 w zw. z art. 179 ustawy Pzp od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności do których Zamawiający jest zobowiązany tj. wybór oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „Mikronika” (dalej „Mikronika”) dla części 2 zamówienia (dostawa zespołów telesterowania i telesygnalizacji)

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy przez nieodrzuconie oferty Wykonawcy Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „Mikronika”, mimo, iż oferta tego Wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ,
- 2) naruszenie art. 82 ust 3 ustawy przez wybór oferty Wykonawcy Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „Mikronika”, jak oferty najkorzystniejszej, która nie odpowiada treści SIWZ,
- 3) naruszenie art. 7 ust 1 ustawy przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w ten sposób, że oferta Odwołującego zastała uznana za ofertę, której treść nie odpowiada SIWZ i odrzucona przez Zamawiającego, natomiast w analogicznej sytuacji Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki

„Mikronika” i wybrał ją jako ofertę najkorzystniejszą, mimo że oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ, w tym samym zakresie co oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Wykonawcy Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „Mikronika”, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i odrzucenia oferty Wykonawcy Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „Mikronika”

Odwołujący wskazał, że zawiadomienie o wyniku postępowania otrzymał w dniu 10 maja 2016 roku za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny do wniesienia odwołania, podniósł że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust. 1 ustawy, jako wykonawca, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący argumentował, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, a w konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę na skutek braku uzyskania przedmiotowego zamówienia i możliwości jego realizacji.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty, tj. oferta Odwołującego, uznana pierwotnie za najkorzystniejszą oraz oferta wykonawcy Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „Mikronika”.

Oferta Odwołującego, na skutek rozpoznania odwołania wniesionego przez wykonawcę Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „Mikronika”, została uznana przez KIO (wyrok z dnia 07.04.2016 r, sygn. akt KIO 426/16) za podlegającą odrzuceniu. W wykonaniu ww. wyroku, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Jednakże, pomimo, iż Wykonawca Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „Mikronika” złożył ofertę obciążoną szeregiem istotnych wad, co ma wpływ na wynik postępowania, Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że KIO niejednokrotnie wskazywała, iż Odwołujący ma interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej w szerokim rozumieniu, ponieważ wskazując na ewentualne wady postępowania, dąży do doprowadzenia go do zgodności z przepisami (np. wyrok KIO z dnia 21 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 870/09). W sytuacji bowiem, w której w postępowaniu, tak jak w przedmiotowej sprawie, zachodzi taka okoliczność, która

uniemożliwia podpisanie umowy i udzielenie zamówienia, bowiem zostaje wypełniona któraś z przesłanek z art. 93 ust. 1 ustawy Pzp, wskazujących na obowiązek unieważnienia postępowania, Odwołujący w dalszym ciągu - choć potencjalnie - niemniej jednak miałby szanse na uzyskanie zamówienia. Wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu, uzyskując formalnie status wykonawcy, ma prawo, w celu ochrony własnych praw i interesu, do weryfikacji niezgodnych z przepisami ustawy zachowań Zamawiającego, które mogą prowadzić do zawarcia ewentualnie nieważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Sytuacja taka nie uniemożliwia bowiem Odwołującemu uzyskania danego zamówienia, a wręcz odwrotnie, otwiera drogę do uzyskania zamówienia na skutek nowego, niewadliwego postępowania. Odwołujący wskazał na wyrok z dnia 30 grudnia 2012 r. sygn. akt KIO 2702/11 oraz wyrok z dnia 10 lipca 2014 roku sygn. akt KIO 1245/14.

Odwołujący wskazał, że traci możliwość uzyskania zamówienia. Podkreślił, że w tej części postępowania udział wzięli tylko dwaj wykonawcy. W przypadku odrzucenia oferty Wykonawcy Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „Mikronika” żaden inny wykonawca nie pozyska tego zamówienia, bo nie ma już innych wykonawców (w przeciwieństwie do stanu faktycznego przytoczonego wyroku). Zatem Odwołujący może ponieść szkodę, bowiem bezpowrotnie utraci możliwość uzyskania zamówienia. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010 r., III CZP 25/10, LEX nr 602808, w którym Sąd wyraził pogląd, iż "wykładni pojęcia interesu prawnego po nowelizacji przepisu 179 p.z.p. zmienionego ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) należy dokonywać szeroko, tj. obejmując nie tylko sytuacje, gdy interes podmiotu wnoszącego środek ochrony w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku".

Odwołujący podniósł również, że art. 179 ust. 1 ustawy stanowi także o „innym podmiocie”, który „miał interes w uzyskaniu danego zamówienia” - bezsprzecznie Odwołujący się jest takim podmiotem. Zaniechanie unieważnienia niniejszego postępowania spowoduje poniesienie szkody, ponieważ definitywnie zamknie Odwołującemu możliwość pozyskania zamówienia. Odmienna wykładnia art. 179 ust. 1 ustawy, uniemożliwiająca dochodzenie unieważnienia postępowania prowadzącego do udzielenia zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy, doprowadziłaby do wypaczenia instytucji środków ochrony prawnej i braku możliwości dochodzenia ochrony własnych interesów.

Zamawiający w dniu 24 maja 2016 roku przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej informację, że w dniu 10 maja 2016 r. dokonał wyboru oferty dla części 2 po ponownym badaniu i ocenie ofert, zgodnie z wyrokiem KIO 426/16. Pismo, informację o wniesieniu odwołania przekazano drogą elektroniczną w dniu 23 maja 2016 roku.

Z pisma Zamawiającego z dnia 10 maja 2016 roku – Zawiadomienie o wynikach postępowania – wynika, że Zamawiający zawiadomił o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę rozłączników napowietrznych SN w obudowie zamkniętej z zespołami telesterowania i telesygnalizacji – część 2 (dostawa zespołów telesterowania i telesygnalizacji) dokonanej po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający podał w piśmie, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucono ofertę złożoną przez APATOR Elkomtech S.A. z siedzibą w Łodzi albowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W ofercie nie wyspecyfikowano anteny GSM oraz jej parametrów technicznych natomiast oferowany interfejs Ethenet 100 BASE-T nie odpowiada wymaganemu przez SWIZ interfejsowi Ethernet 10/100 BASE-T.

25 maja 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego od wykonawcy Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu. Wykonawca wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy na posiedzeniu niejawnym (art. 189 ust. 3 ustawy) względnie jego oddalenie.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (w załączeniu do pisma dowody przesłania zgłoszenia przystąpienia Zamawiającemu i Odwołującemu), a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy, Izba uznała zgłoszenie za skuteczne

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

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

W dniu 7 kwietnia 2016 roku Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 426/16 z odwołania wniesionego w dniu 24 marca 2016 roku przez wykonawcę Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu, który to wykonawca zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieodrzuconie oferty APATOR Elkomtech S.A., mimo iż oferta tego Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ,
2. naruszenie art. 82 ust. 3 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty APATOR Elkomtech S.A., która nie odpowiada treści SIWZ,

3. naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez wezwanie APATOR Elkomtech S.A., do uzupełnienia dokumentu, który nie podlegał uzupełnieniu w trybie tego przepisu,
4. i w konsekwencji - naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty sprzecznej z SIWZ, wezwaniu APATOR Elkomtech S.A., do uzupełnienia dokumentu, który nie podlegał uzupełnieniu w trybie tego przepisu.
5. W uzupełnieniu odwołania wniesionym w dniu 25 marca 2016 r. dodano jeszcze zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez dopuszczenie zmiany w treści oferty APATOR Elkomtech S.A.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty APATOR Elkomtech S.A.,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie APATOR Elkomtech S.A.

W wyniku rozpoznania powyższych zarzutów odwołania w sprawie wydany został wyrok (sygn. akt KIO 426/16) w którego sentencji Izba wskazała: *uwzględnia odwołanie i nakazuje Energa-Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku powtórzenie oceny ofert w części nr 2 postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Rozłączniki napowietrzne SN w obudowie zamkniętej z zespołami telesterowania i telesygnacji”, w tym odrzucenie oferty Apator-Elkomtech S.A. z siedzibą w Łodzi jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia*

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu.

Art. 189 ust. 2 ustawy zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, zgodnie z art. 189 ust. 4 ustawy.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy. Izba zwraca uwagę na postanowienie Sądu Okręgowego w Lublinie z 19 marca 2012 r. sygn. akt IX Ga 39/12 który wskazał, że w pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza winna ocenić, czy odwołanie zostało wniesione przez podmiot do tego uprawniony.

Odwołujący w rozpoznawanej sprawie nie kwestionuje czynności odrzucenia jego oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, która to czynność odrzucenia wykonana została na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2016 roku (sygn. akt KIO 426/16) Czynność odrzucenia oferty Odwołującego wywiera zatem skutki prawne, które - wobec nie wniesienia skargi do Sądu Okręgowego na wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 roku - mają charakter nieodwracalny. Odwołujący nie jest już uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, zatem odwołanie jako wniesione przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy. Prezentowana wykładnia przywołanego przepisu, mającego zastosowanie nie tylko do złożenia odwołania przez niewłaściwie umocowanego pełnomocnika odwołującego, ale również do okoliczności, w których podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej nie może uczestniczyć w postępowaniu odwoławczym, gdyż sam jest podmiotem do tego nieuprawnionym, została podniesiona w doktrynie (vide: J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV). Pogląd, iż niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została skutecznie odrzucona z postępowania, a tym samym utracił status uczestnika tego postępowania, znalazł również potwierdzenie w postanowieniu Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008r. sygn. akt IV Ca 521/08, w uzasadnieniu tego postanowienia Sąd Okręgowy stwierdził, że odwołanie wniesione przez taki podmiot podlega odrzuceniu, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Analogicznie wywodzi Izba w postanowieniach z dnia 18 września 2009 r (sygn. akt KIO/UZP 1176/09), z dnia 5 kwietnia 2011 r., (sygn. akt: KIO 842/11, KIO 844/11), z dnia 4 lipca 2013 roku (sygn. akt KIO 1500/13), z dnia 9 marca 2015 roku (sygn. akt KIO 341/15).

Na marginesie Izba wskazuje również, że Odwołujący nie miał interesu we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Art. 179 ust 1 ustawy określa zarówno katalog podmiotów uprawnionych do złożenia odwołania jak również przesłanki jakie musi kumulatywnie spełnić odwołujący się. Warunkiem sine qua non uznania danego podmiotu za wykonawcę jest jego powiązanie z danym, konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, powiązanie nie pozorne oraz nie takie, które już ustało w wyniku innych okoliczności. Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego

zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Interes odwołującego musi być utożsamiany z doznany przez wykonawcę uszczerbkiem interesu własnego w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyniku naruszenia przepisów ustawy i nie może być odnoszony do przyszłego i niepewnego, hipotetycznego zdarzenia jakim może być ponowne ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle ustawowej regulacji interes wykonawcy, to jego własny interes sprowadzający się do uzyskania zamówienia i osiągnięcia korzyści w wyniku realizacji zawartej umowy. Nie można uznać za prawidłowy w obliczu obowiązujących przepisów poglądu, że wykonawca reprezentujący swój interes, w sytuacji gdy nie ma szans na uzyskanie zamówienia, może dążyć do unieważnienia postępowania. Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej jak również w orzecznictwie sądów powszechnych (porównaj: Wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim sygn. akt II Ca 9/11 z dnia 7 lutego 2011 roku; Wyrok SO w Warszawie sygn. akt V Ca 1973/ 11 z dnia 7 grudnia 2011 roku; Wyrok SO w Lublinie sygn. akt IX Ga 39/12 z dnia 19 marca 2012 roku). Interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, musi dotyczyć konkretnego postępowania i nie może wnoszący odwołanie powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego zamówienia przewidywanego w przyszłości. Art. 179 ust. 1 nie pełni funkcji publicznych a postępowanie odwoławcze ma na celu jedynie ochronę interesów osób wnoszących środki ochrony prawnej.

Wobec stwierdzenia zajścia przesłanek odrzucenia odwołania, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obowiązkowemu odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy. Z tego względu, Izba – działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie 2 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp – odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych

**Przewodniczący:** .....