Sygn. akt: KIO 419/19

WYROK
z dnia 22 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2019 r. przez wykonawcę **Skamex Sp. z o.o. Sp. k.**z siedzibą w Łodzi przy ul. Częstochowskiej 38/52 (93-121 Łódź) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Szpital Uniwersytecki nr 2 im. dr. Jana Biziela w Bydgoszczy**z siedzibą przy ul. Kornela Ujejskiego 75 (85-168 Bydgoszcz) – Lider postępowania oraz Instytut „Pomnik – Centrum Zdrowia Dziecka" z siedzibą w Warszawie przy Al. Dzieci Polskich 20 (04-730 Warszawa), Szpital Pomnik Chrztu Polski Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Gnieźnie z siedzibą przy ul. Św. Jana 9 (62-200 Gniezno), Wojewódzki Szpital Zespolony w Lesznie z siedzibą przy ul. Kiepury 45 (64-100 Leszno), Szpital Praski pw. Przemienienia Pańskiego Sp. z o.o. w Warszawie z siedzibą przy Al. Solidarności 67 (03-401 Warszawa), Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Słupcy z siedzibą przy ul. Traugutta 7 (62-400 Słupca) i „Szpital Powiatowy we Wrześni" Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Słowackiego 2 (62-300 Września)

przy udziale wykonawcy – **Mercator Medical S.A.** z siedzibą w Krakowie przy ul. H. Modrzejewskiej 30 (31-327 Kraków) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – **Skamex Sp. z o.o. Sp. k.**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 – **Skamex Sp. z o.o. Sp. k.** 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 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.**

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 419/19

U z a s a d n i e n i e

Szpital Uniwersytecki nr 2 im. dr. Jana Biziela w Bydgoszczy – Lider postępowania, który udzielił pełnomocnictwa Batna Group Sp. z o.o. z siedzibą Warszawie oraz Instytut „Pomnik – Centrum Zdrowia Dziecka" z siedzibą w Warszawie, Szpital Pomnik Chrztu Polski Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Gnieźnie, Wojewódzki Szpital Zespolony w Lesznie, Szpital Praski pw. Przemienienia Pańskiego Sp. z o.o. w Warszawie, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Słupcy i „Szpital Powiatowy we Wrześni" Sp. z o.o. zwani dalej: „zamawiającym", prowadzą w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp" na *sukcesywną dostawę rękawic nitrylowych* (nr postępowania: ZP/02/2018), zwane dalej „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 września 2018 r., pod numerem 2018S 177-400629.

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

Wykonawca Skamex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łodzi zwany dalej: „odwołującym" w dniu 8 marca 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1) art. 91 ust. 1 Pzp – poprzez wybór oferty złożonej przez Mercator Medical S.A. z siedzibą w Krakowie zwanego dalej: „przystępującym", która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy;
2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że jest ona niekompletna i niezgodna z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ");
3) art. 7 ust. 1 Pzp – poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze postawione zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- dokonania powtórnej oceny dokumentów złożonych przez przystępujacego;
- dokonania powtórnej oceny ofert;
- a w efekcie czego uznania, że oferta przystępujacego podlega odrzuceniu.

Jeśli chodzi o interes we wniesieniu odwołania odwołujący podniósł, iż jest profesjonalnym podmiotem od wielu lat funkcjonującym na rynku dostaw będących przedmiotem zamówienia i złożył ofertę, którą zamawiający odrzucił co nie znaczy to jednak, że został pozbawiony interesu prawnego w złożeniu odwołania zgodnie z art. 179 Pzp. Odwołujący przywołał wyrok TSUE z dnia 5 kwietnia 2016 r. (C-689-13), w którym wskazano„*Po pierwsze wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić do tego. że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio m ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałoby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać*

zamówienie. Przywołana w pkt 24 i 25 niniejszego wyroku wykładnia dokonana przez Trybunał w wyroku Fastweb (C-100/12. EU:C:2013:448) ma zastosowanie w kontekście takim jak zaistniały w postępowaniu głównym. Po pierwsze bowiem każdy z uczestników sporu ma równoważny uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych konkurentów. Po drugie, co podniósł rzecznik generalny w pkt 37 swojej opinii, nie można wykluczyć, że jedna z nieprawidłowości leżących u podstaw wykluczenia ofert tak wybranego oferenta, jak i oferenta kwestionującego decyzję o udzieleniu zamówienia publicznego powoduje również wadliwość wszystkich ofert złożonych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. co mogłoby doprowadzić do konieczności wszczęcia przez instytucję zamawiającej nowego postępowania. (...)
W świetle powyższych rozważań na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu by odwołanie główne - wniesione przez oferenta zainteresowanego uzyskaniem określonego zamówienia, który poniósł szkodę, względnie jest narażony na jej poniesienie w następstwie podnoszonego naruszenia prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów dokonujących jego transpozycji - mającego na celu wykluczenie innego oferenta, zostało uznane za niedopuszczalne na podstawie krajowych przepisów proceduralnych, przewidujących pierwszeństwo badania odwołania wzajemnego wniesionego przez tego drugiego oferenta."

Odwołujący ponadto wyjaśnił, że istota poglądu w przedstawionym orzeczeniu sprowadza się do utożsamiania zamówienia publicznego, jako umowy na określony przedmiot, przy przyjęciu, że uzyskanie tego zamówienia w tym postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, ma charakter wtórny. Wskazał także, że polski system środków ochrony prawnej stanowi realizację postulatów dyrektywy odwoławczej i podstawowa pojęcia umożliwiające wykonawcom ochronę ich praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinny być interpretowane z uwzględnieniem wykładni proeuropejskiej. Omawiana wykładnia art. 179 ust. 1 Pzp jest prezentowana w orzecznictwie Izby (wyrok z 5 września 2016 r. wydany w sprawie KIO 1556/16 oraz z 22 listopada 2016 r. wydany w sprawie KIO 2099/16).

Ponadto odwołujący na potwierdzenie swojej argumentacji przywołał tezy z wyroków Izby z dnia 5 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1556/16, z dnia 3 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2305/16 oraz z dnia 6 grudnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2358/16.

Dodatkowo odwołujący stwierdził, że przedmiotem zamówienia jest dostawa rękawic nitrylowych do siedmiu polskich szpitali. Ze stuprocentową pewnością można wnioskować, że jeżeli zamawiający przedmiotowe postępowanie unieważni, szpitale te będą musiały ponownie przeprowadzić postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę rękawic. Rękawice są bowiem jednym z podstawowych asortymentów medycznych, które muszą znaleźć się na wyposażeniu każdego ze szpitali. Niezależnie od powyższego, odwołujący wskazał, że jego interes wyraża się w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa. Zamawiający ma obowiązek działać w toku oceny i badania ofert z najwyższą starannością tak aby zapewnić spełnienie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji opisanych w art. 7 ust. 1 Pzp, a wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w SIWZ wymaganiami oraz na podstawie Pzp w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych. Jakiekolwiek odstępstwo od tej zasady stanowi o naruszeniu fundamentalnych zasad zamówień publicznych.

Jednocześnie odwołujący wskazał, że zgodnie z SIWZ w przedmiotowym postępowaniu. zamawiający postanowił skorzystać z procedury, o której mowa w art. 24aa Pzp i najpierw dokonał oceny, a następnie zbadał pod względem wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu odwołującego oraz przystępującego. W związku z tym ani zamawiający, ani odwołujący nie posiadają wiedzy czy inni uczestnicy postępowania nie podlegają wykluczeniu i czy spełniają warunki udziału w postępowaniu, gdyż złożyli oni tylko wstępne oświadczenia. Dodatkowo zwrócił uwagę na fakt, iż oferty innych wykonawców (poza ofertą odwołującego oraz przystępującego) przekraczają kwotę na sfinansowanie podaną przez zamawiającego w dniu 22 października 2018 r. w informacji z otwarcie ofert (tj. kwotę 2 064 640.56 zł). Powyższe potwierdza więc, zdaniem odwołującego, że posiada on interes we wniesieniu odwołania.

W zakresie zarzutu dotyczącego błędu w tłumaczeniu dokumentów odwołujący wyjaśnił, że w dokumencie złożonym w dniu 22 lutego 2019 r. tj. „Raport techniczny nr SPC0216113/1327/SMcD/RS" wystawiony przez SATRA Technology na stronach 16-30 Mercator popełnił błąd w części „Raport techniczny" (str. 18). tj.:
- w oryginale jest: „Lot Number: SB-020813-16-2-03010";
- w tłumaczeniu jest: „Numer serii: 020813-16-2-03010";
Oraz
- w oryginale jest: „EN 374-3: 2003 Table 1…";
- w tłumaczeniu jest: „BS EN 374-3: 2003 Tabela 1…".
Ponadto odwołujący dodał, że zgodnie z § 16 ust. 1 rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) r. dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, o której mowa w art. 9 ust. 3 Pzp, zatem podstawę oceny oferty w zakresie potwierdzenia spełniania warunków podmiotowych wykonawcy, który złożył dokumenty sporządzone w języku obcym, są te dokumenty wraz z ich tłumaczeniem. Tłumaczenie nie jest wymagane jeżeli zamawiający wyraził zgodę, o której mowa w art. 9 ust. 3 Pzp. W przedmiotowej sprawie nie wynika z dokumentacji, by taką zgodę zamawiający wyraził, zatem każdy z wykonawców był zobowiązany posługiwać się obok oryginalnego dokumentu także jego tłumaczeniem. Wobec niezgodności tłumaczenia z oryginałem zamawiający powinien był wyjaśnić czy jest to błąd czy rzeczywiście podanie nieprawdziwych informacji. Zaakceptowanie przez zamawiającego dokumentu, w którym znajdują się błędne tłumaczenia było w ocenie odwołującego działaniem o tyle niesprawiedliwym i stojącym w sprzeczności z podstawowymi zasadami postępowania, ponieważ odrzucając ofertę odwołującego wskazał on, iż odwołujący popełnił błąd w złożonych dokumentach (błąd w tłumaczeniu). Różne traktowanie wykonawców stanowi o nierównym traktowaniu uczestników postępowania. Podkreślił, że z art. 7 Pzp określa fundamentalne zasady udzielenia zamówień: zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Z powyższego przepisu wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ma obowiązek równego traktowania wykonawców. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji bowiem jest różne traktowanie wykonawców znajdujących się w tej samej podobnej sytuacji.

Odnośnie argumentacji dotyczącej certyfikatu badania typu WE wskazał, że certyfikat badania typu WE wystawiony przez SATRA Technology na stronach 20-23 zawiera informację na temat przenikalności dla substancji chemicznych m.in. 40 % wodorotlenek sodu, 36% formaldehyd, 50 % kwas siarkowy. Dane te pochodzą z raportu technicznego o nr SPC0216113/1327/SMcD/RS, który jest wskazany w w/w certyfikacie. Zgodnie z informacją zawartą w raporcie technicznym o nr SPC0216113/1327/SMcD/RS (str. 16-30 uzupełnienia z dn. 22 lutego 2019 r.) badania

przeprowadzono na rękawicach białych tj. innych niż zaoferowano (przystępujący zaoferował rękawice niebieskie, zgodnie z nr katalogowymi podanymi w formularzu cenowym). Nadmieniamy, że barwnik jest substancją chemiczną, która może mieć wpływ na wartość przenikania substancji chemicznych, co w rezultacie nic zostało przebadane dla zaoferowanych rękawic w kolorze niebieskim. Co należy podkreślić jest to o tyle istotne, ponieważ gdyby nie było różnicy jakiego kolory rękawice były poddawane badaniu, ich kolor nie były przywoływany w badaniu. Badanie nie dotyczy wiec rękawic niebieskich, a rękawic białych. Ponadto, rękawice białe dostępne są pod nr katalogowym „RD301740 01-05 oraz RD300970 01-05". a rękawice w kolorze niebieskim są dostępne pod nr katalogowym „RD300190 01-05 oraz RD300960 01-05", co wynika z ogólnodostępnej informacji zawartej na stronie internetowej przystępującego.
W przypadku zarzutu dotyczącego raportu z badania jednostki niezależnej lub raport z badania producenta potwierdzający zgodność z normami: EN 374-3 lub ASTM F 739lub ASTM I) 6978-05na przenikanie cytostatyków odwołujący zaznaczył, że zgodnie z rozdziałem VIII pkt. 3 lit. e SIWZ: „W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ, Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - w terminie nie krótszym niż 10 dni, do złożenia następujących dokumentów: Raport z badania jednostki niezależnej lub raport z badania producenta potwierdzający zgodność z normami: e) EN 374-3 lub ASTM F 739 lub ASTM D 6978-05 na przenikanie cytostatyków".
Ponadto odwołujący wskazał, że złożony przez przystępujacego dokument nie potwierdza w sposób jednoznaczny stawianych przez zamawiającego wymagań. W szczególności nie można jednoznacznie stwierdzić, że powyższy dokument dotyczy zaoferowanych rękawic, tj. wskazanych przez wykonawcę w ofercie jako: Nitrylex Classic. Nr ref.: XS- RD30019001: S- RD30019002: M- RD30019003: L- RD30019004; XL- RD30019005. bowiem nie można na podstawie jego treści ustalić, że przebadano produkt Nitrylex Classic, gdyż „Raport ..." nie zawiera w swej treści ani nazwy własnej (Nitrylex Classic), ani numerów referencyjnych (XS- RD30019001: S- RD30019002: M- RD30019003; L- RD30019004 XL- RD30019005) oferowanego przedmiotu zamówienia, a jednocześnie zawiera inny numer identyfikacyjny rękawicy niż wskazany w ofercie.
Co do argumentacji dotyczącej raportu z badania jednostki niezależnej lub raport z badania producenta potwierdzający zgodność z normą ASTM F 1671 odwołujący zaznaczył, że zgodnie z rozdziałem VIII pkt. 3 lit. f SIWZ: „W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ. Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona w trybie art. 26 ust. 1 ustawy - w terminie nic krótszym niż 10 dni. do złożenia następujących dokumentów: Raport z badania jednostki niezależnej lub raport z badania producenta potwierdzający zgodność z normami: : f) ASTM F 1671".
Ponadto odwołujący wskazał, że nie można jednoznacznie stwierdzić, że powyższy dokument dotyczy zaoferowanych rękawic, tj. wskazanych przez wykonawcę w ofercie jako: Nitrylex Classic , Nr ref.: XS- RD30019001; S- RD30019002; M- RD30019003; L- RD30019004; XL- RD30019005, bowiem nic można na podstawie jego treści ustalić, że przebadano produkt Nitrylex Classic, gdyż „Metoda ..." nic zawiera w swej treści ani nazwy własnej (Nitrylex Classic), ani numerów referencyjnych (XS- RD30019001; S- RD30019002; M- RD30019003; L- RD30019004; XL- RD30019005) oferowanego przedmiotu zamówienia, a jednocześnie zawiera inny numer identyfikacyjny rękawicy niż wskazany w ofercie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca – Mercator Medical S.A. z siedzibą w Krakowie.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 22 marca 2019 r., zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, podając uzasadnienie faktyczne i prawne dla swojego wniosku. Podobnie przystępujący na posiedzeniu złożył swoje pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania, także podając uzasadnienie faktyczne i prawne dla swojego stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania, ustaliła i zważyła co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym, jako uczestnika wykonawcę Mercator Medical S.A. z siedzibą w Krakowie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:
1)dokumentacji w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 2554/18;
2)dokumentacji nadesłanej przez zamawiającego w dniu 15 marca 2019 r.;
3)złożonego przez odwołującego dowodu w formie zestawienia w postaci tabelarycznej wybranych czynności zamawiającego w stosunku do niego i w stosunku do przystępującego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpatrując odwołanie, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana jest ustalić, czy zostały spełnione przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. czy podmiotowi wnoszącemu odwołanie przysługuje legitymacja procesowa do wniesienia odwołania. Brak takiej legitymacji po stronie odwołującego, prowadzi do ustalenia niedopuszczalności wniesienia odwołania i skutkuje koniecznością jego oddalenia, gdyż stwierdzenie niewykazania przesłanek materialnoprawnych warunkujących korzystanie ze środków ochrony prawnej skutkuje oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu. Inaczej, istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia jest warunkiem, którego spełnienie jest niezbędne do przystąpienia do rozpoznawania odwołania, czyli merytorycznej oceny zarzutów w nim podniesionych. Zgodnie bowiem, z powołanym art. 179 ust.1 Pzp legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej (w tym wypadku odwołania) ma tylko ten podmiot, który wykaże przede wszystkim interes w uzyskaniu zamówienia, a ponadto możliwość poniesienia szkody.
W przedmiotowym postępowaniu złożono cztery oferty. Zamawiający w dniu 8 lutego 2019 r. odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Odwołujący nie kwestionował ww.

czynności zamawiającego poprzez skorzystanie z przysługującego mu prawa do wniesienia odwołania. W związku z powyższym czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego z postępowania stała się prawnie wiążąca i ma charakter ostateczny, wobec czego odwołujący nie bierze już udziału w postępowaniu i utracił realną możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia w ramach postępowania. Pomimo tego, odwołujący w dniu 8 marca 2019 r. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, dokonanej przez zamawiającego w dniu 26 lutego 2019 r., wprost powołując się na to, iż skutkiem tego odwołania może być unieważnienie postępowania, a wówczas odwołujący może mieć szansę na udział w przyszłym postępowaniu. Odwołujący powołał się także na to, iż jego interes wyraża się w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

W związku z tym, w stanie faktycznym zaistniałym w niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał posiadania legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, wymaganej zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

W przedmiotowej sprawie Izba w pełni przyjęła i uznała za właściwą argumentację zawartą w wyroku z dnia 17 maja 2018 r. o sygn. akt KIO 840/18. Przepis art. 179 ust. 1 Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. W przedmiotowej sprawie Izba analogicznie jak w ww. wyroku stwierdziła, iż na gruncie niniejszej sprawy nie sposób przypisać odwołującemu, którego oferta została ostatecznie odrzucona, posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia. Jak wskazuje doktryna i orzecznictwo, odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, skierowanym na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia, tj. wyboru oferty złożonej przez wykonawcę odwołującego się w danym postępowaniu. Tym samym, nie sposób zgodzić się z odwołującym, że jego interes wyraża się w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa. Jak wskazuje ugruntowana linia orzecznicza, przepis ten (art. 179 ust. 1 Pzp) nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia" oraz o „szkodzie", ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego.

Tym samym, interes przywołany w art. 179 ust. 1 Pzp nie jest interesem materializującym się w ochronie ogólnie pojętej praworządności i korygowania nieprawidłowości działań czy też zaniechań zamawiającego, lecz interesem mającym na celu ochronę konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, ukierunkowanym na uzyskanie przez tego wykonawcę stanu, w którym dany wykonawca będzie mógł uzyskać dane zamówienie. W ocenie Izby, w tym konkretnym stanie faktycznym, dane zamówienie należy interpretować jako konkretne zamówienie, którego zamawiający zamierza udzielić w określonym postępowaniu. W związku z tym, przez uzyskanie danego zamówienia rozumieć należy, szanse na pozyskanie zamówienia w wyniku konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. Dość wątpliwa jest argumentacja odwołującego zmierzająca do tego, że w przypadku uwzględnienia odwołania, nastąpi unieważnienie postępowania, co z kolei umożliwi wykonawcy ubieganie się o zamówienie w kolejnym postępowaniu dotyczącym przedmiotu niniejszego postępowania. Izba przyjęła tu argumentację zamawiającego, że po pierwsze nie jest pewnym, że w razie uwzględnienia odwołania (czego efektem miałoby być odrzucenie oferty przystępującego) dojdzie do unieważnienia postępowania, w postępowaniu bowiem złożono jeszcze dwie inne oferty, które wprawdzie przekraczają budżet zamawiającego, jednak zamawiający może podjąć decyzję o podniesieniu kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Po drugie nawet w przypadku unieważnienia postępowania, odwołujący nie może mieć pewności wszczęcia kolejnego tożsamego postępowania (dotyczącego tożsamego zamówienia), w którym udział miałby zapewniony. Unieważnienie postępowania może bowiem skutkować tym, iż kolejne postępowanie na taki sam przedmiot zamówienia nie będzie ogłoszone, gdyż każdy z uczestniczących w postępowaniu zamawiających może zdecydować o wyjściu z grupy zakupowej. Tym samym ewentualne kolejne postępowania nie będą już dotyczyły „danego zamówienia", czyli tożsamego rzeczowo z niniejszym. Z tej przyczyny stwierdzić należy, że odwołanie nie jest nakierowane na uzyskanie niniejszego zamówienia, ale na zniweczenie niniejszego postępowania. W ocenie Izby, odwołujący nie wykazał, że posiada obiektywną tzn. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia, a tym samym nie wykazał interesu w uzyskaniu danego zamówienia.

Ponadto, drugim elementem koniecznym do ustalenia dopuszczalności korzystania ze środków ochrony prawnej jest okoliczność czy odwołujący mógł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Szkoda, która co do zasady przyjmuje charakter szkody majątkowej, powinna być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, zatem pomiędzy naruszeniem przez zamawiającego przepisów Pzp, a szkodą powinien istnieć stosowny związek przyczynowy. W ocenie Izby, odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia, nie na skutek niezgodnych z prawem działań zamawiającego, lecz na skutek własnych działań, efektem czego było odrzucenie jego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Ponadto odwołujący nie może ponieść szkody, albowiem bez względu na to czy odwołanie zostałoby wniesione czy też nie, nie wpływa ono na sytuację odwołującego w niniejszym postępowaniu, w dalszym ciągu nie ma on możliwości uzyskania zamówienia.

Izba przyjęła także twierdzenia podniesione zarówno przez zamawiającego i przystępującego, które zostały oparte na argumentacji zawartej w ww. wymienionym wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 840/18 i uznała, że w niniejszym stanie faktycznym nie znajdzie zastosowania pojęcie „danego zamówienia" sformułowane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) na gruncie orzeczenia z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 *Archus et Gama*. W przedmiotowym orzeczeniu TSUE wskazał, że pojęcie „danego zamówienia" może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podkreślając jednocześnie okoliczności faktyczne i prawne w jakich zdefiniował to pojęcie, a które są znacząco odmienne od zaistniałych na gruncie niniejszej sprawy. Orzeczenie to zostało wydane bowiem w sytuacji, gdy 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, wówczas Trybunał uznał, iż odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta i w związku z taką sytuacją zdefiniował pojęcie „danego zamówienia". Szeroką wykładnię interesu w uzyskaniu danego zamówienia TSUE przyjął również w wyrokach wydanych w sprawach C-100/12*Fastweb* (wyrok z dnia 4 lipca 2013 r.) oraz C-689/13 *PFE* (wyrok z dnia 5 kwietnia 2016 r.) dotyczących zasad rozpatrywania odwołań wzajemnych, jednakże każdorazowo orzeczenia te dotyczyły podmiotów, wobec których decyzja o wykluczeniu lub odrzuceniu nie była ostateczna – różnicę tę podkreślił TSUE w motywie 33 wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15*Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich*. Powyższe, potwierdza, że interes w uzyskaniu danego zamówienia należy rozważać w związku z sytuacją podmiotu wnoszącego odwołanie, a nie w kontekście działań pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. W orzeczeniach przywołanych powyżej, skutek w postaci ewentualnego

unieważnienia postępowania, stanowił swego rodzaju konsekwencję przyznania legitymacji procesowej każdemu z podmiotów wnoszących odwołanie, a nie był aprobowanym celem samym w sobie. Z ww. wyroków w sprawach C-131/16, C-100/12 czy też C-689/13 nie można wywodzić, że interes w uzyskaniu zamówienia jest tożsamy z celem polegającym na unieważnieniu postępowania, do którego dąży odwołujący w niniejszej sprawie. TSUE w przywołanym już wyroku C-355/15 *Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich* orzekł, iż art. 1 ust. 3 ww. dyrektywy Rady 89/665/EWG „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 była zostać odrzucona.” Podobną tezę, zawarł również w motywie 57 wyroku w sprawie C-131/16 *Archus et Gama*, odnosząc się do ww. wyroku C-355/15 i wskazał, „że oferentowi, którego oferta została wykluczona przez instytucję zamawiającą z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, jednak decyzja o wykluczeniu wspomnianego oferenta została utrzymana w mocy orzeczeniem, które nabrało powagi rzeczy osądzonej, zanim sąd, do którego zaskarżono decyzję o udzieleniu zamówienia, wydał orzeczenie, w związku z czym oferenta tego należało uważać za ostatecznie wykluczonego z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

W związku z powyższym Izba uznała, że wykonawca, którego oferta została ostatecznie odrzucona, zarówno na gruncie przepisów krajowych jak i europejskich, nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia zarzucanych w odwołaniu przepisów Pzp, dotyczących oceny przez zamawiającego innej oferty.

Wobec powyższych ustaleń, wykazujących brak interesu wykonawcy, w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp, odwołanie podlega oddaleniu bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w tym odwołaniu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący:…….