Sygn. akt: KIO 1367/19

POSTANOWIENIE
z dnia 26 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 26 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2019 r. przez wykonawcę Webmob Sp. z o.o. z siedzibę w Warszawie przy ul. Mokotowskiej 1 w postępowaniu prowadzonym przez

zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą

w Warszawie przy ul. Chmielnej 120,

przy udziale wykonawcy Smart Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Algierskiej 17K, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Webmob Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Mokotowskiej 1 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę Webmob Sp. z o.o.

z siedzibę w Warszawie przy ul. Mokotowskiej 1 tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od wykonawcy Webmob Sp. z o.o. z siedzibę w Warszawie przy

ul. Mokotowskiej 1 na rzecz zamawiającego Miasta Stołecznego Warszawa - Zarządu Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie przy ul. Chmielnej 120 kwotę

3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1367/19

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie przy ul. Chmielnej 120 (dalej: „Zamawiający"), prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę dwóch sztuk samochodów elektrycznych, dwóch Systemów mobilnej kontroli pojazdów wraz ze szkoleniem operatorów systemu oraz usługa utrzymaniową Systemu e-kontroli przez okres 36 miesięcy".

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lutego 2019 r. pod numerem 2019/S 040-089827

W dniu 3 lipca 2019 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta wykonawcy Smart Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Algierskiej 17K (dalej: „Przystępujący" lub „Smart Factor").

Powyższa czynność została zaskarżona odwołaniem, wniesionym w dniu 15 lipca 2019 r. przez wykonawcę Webmob Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Mokotowskiej 1 (dalej: „Odwołujący" lub „Webmob").

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Pzp przez ocenę i wybór oferty złożonej przez Smart Factor jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w sposób niezgodny z opisem oceny ofert zawartym w SIWZ w odniesieniu kryterium oceny ofert pn. „efektywność systemu e-kontroli SPPN", w szczególności w zakresie sposobu przeprowadzenia testu, z którego wyniki służyły przyznaniu punktów ramach w kryterium oceny ofert pn. „efektywność systemu e-kontroli SPPN";

2. art. 7 ust. 1 Pzp przez uprzywilejowanie oferty Smart Factor w trakcie oceny w ramach jego oferty, przy przyznaniu punktów uzyskanych przez tego wykonawcę ramach w kryterium oceny ofert pn. „efektywność systemu e-kontroli SPPN";

3. art. 26 ust. 1 Pzp przez zaniecanie wezwania Smart Factor do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.

Wykonawca Webmob wnosił o:

- uwzględnienie odwołania w całości;
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Smart Factor jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny i badania ofert, a w jej rezultacie unieważnienie postępowania;
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie

przed składem orzekającym KIO;

- przeprowadzenie na rozprawie przed składem orzekającym KIO dowodu z nagrania video dokumentującego przebieg testu systemu dostarczonego przez Smart Factor, zarejestrowanego przez Zamawiającego podczas oceny oferty Smart Factor w ramach kryterium oceny ofert pn. „efektywność systemu e-kontroli SPPN";

- przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu motoryzacji na okoliczność stwierdzenia, czy zapis wideo z przebiegu testu SmartFactor obrazuje zmiany prędkości samochodu testowego do prędkości i na odcinkach drogi wynikających z tzw. danych zmachowanych przekazanych przez Zamawiającego;

- przeprowadzenie pozostałych dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam wskazane.

Odwołujący twierdził, że posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż w związku z zaskarżonymi czynnościami Zamawiającego uszczerbku doznaje jego interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący podnosił, że ma świadomość, iż jego oferta została odrzucona, ale jego zdaniem powyższe nie oznacza, iż nie dysponuje interesem w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Webmob wyjaśniał, że Zamawiający w postępowaniu dokonał odrzucenia trzech spośród czerech złożonych ofert. Jedyną ocenianą ofertą była oferta złożona przez Smart Factor. Odwołujący wskazywał, iż odrzucenie jego oferty ani nie pozbawia go legitymacji czynnej do wniesienia odwołania (statusu wykonawcy), ani też nie powoduje odpadnięcia przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia, nawet jeżeli interes ten może zostać zrealizowany dopiero w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 20 listopada 2018 r. (sygn. akt KIO 2090/18) Interesem każdego wykonawcy - nawet jeśli on sam został wykluczony lub jego oferta odrzucona - jest także jego równe traktowanie polegające na tym, że każdy inny wykonawca i każda inna oferta powinna zostać oceniona rzetelnie, zgodnie ze stanem faktycznym i prawnym, a w związku z tym szkoda polega na utracie możliwości ponownego złożenia oferty w nowym postępowaniu i potencjalnej realizacji zamówienia. Natomiast w wyroku z dnia 4 października 2018 r. sygn. akt KIO 1888/18 Izba orzekła, że interesu wykonawcy w uzyskaniu kontraktu nie należy odnosić tylko do "danego postępowania", ale do "danego zamówienia". Pojęcie "danego zamówienia" jest więc pojęciem szerszym od pojęcia samego postępowania o udzielenie zamówienia. Zamówienia bowiem można udzielić nie tylko w wyniku przeprowadzenia jednego postępowania, lecz tych postępowań może być więcej, zwłaszcza w sytuacji, kiedy w wyniku poprzedniego postępowanie w tej samej sprawie nie wyłoniono wykonawcy albo nie udzielono zamówienia.

Kolejno wskazywał na treść wyroku KIO z dnia 5 września 2016 r. o sygn. akt KIO 1556/16, w którym stwierdzono to, że „Odwołujący może nie mieć w dacie wniesienia odwołania interesu w uzyskaniu danego zamówienia w ramach określonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zamkniętego w granicach wyznaczonych publikacją ogłoszenia o zamówieniu i podpisaniem umowy, do którego doszło w wyniku naruszenia procedury postępowania o zamówienie przez zamawiającego, nie oznacza to, że nie ma on interesu w zawarciu umowy z nim w ramach nowego postępowania i dążenia do eliminacji zaistniałej wady. Tym samym w niniejszej sprawie Izba wyraża przekonanie, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia (...) wyrażający się w dążeniu do unieważnienia przedmiotowego postępowania, w ocenie odwołującego dotkniętego wadami, i stworzenia sobie możliwości uzyskania zamówienia w nowym postępowaniu. Tym samym odmowa przyznania mu takiego interesu byłaby sprzeczna z pro wspólnotową wykładnią arb 179 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby odwołujący może w niniejszym postępowaniu ponieść szkodę w postaci nie uzyskania umowy na przedmiotowe zamówienie, co wypełnia normę art. 179 ust 1 ustawy".

Odwołujący twierdził, że przywołana judykatura KIO opiera się na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE"), który konsekwentnie odnosi interes w uzyskaniu zamówienia nie tylko do aktualnie prowadzonego postępowania, ale także do ewentualnych postępowań przyszłych, które zostałyby wszczęte po unieważnieniu postpowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym następuje wniesienie środka ochrony prawnej. W wyroku z dnia 11 maja 2017 r w sprawie C-131/16 (Archus - Gama) TSUE wskazał, że w sytuacji, w której w postępowaniu 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 tym pojęcie „dane zamówienie" w rozumieniu art. 1 ust. 3. dyrektywy Rady 92/13/EWG z 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i

administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach

zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. z 1992 r., L 76, s. 14), zmienionej dyrektywą

2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 grudnia 2007 r. (Dz. Urz. z 2007 r., L 335, s. 31) może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W złożonym w dniu 26 lipca 2019 r. w Izbie piśmie „Odpowiedź na odwołanie" Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp stwierdzając, że zostało ono wniesione przez podmiot, który nie posiadał statusu wykonawcy w postępowaniu. Powyższe stanowisko zostało podtrzymane przez Zamawiającego w toku niejawnego posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego. Również Przystępujący podzielił stanowisko Zamawiającego wnosząc o odrzucenie odwołanie.

Odwołujący wniósł o oddalenie ww. wniosku zgłoszonego przez Zamawiającego i następnie popartego przez Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje.

Pismem z dnia 18 czerwca 2019 r. (doręczonym Odwołującemu w dniu 19 czerwca 2019 r.) Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niegodnej ze specyfikacją. Wobec tego Izba ustaliła, że termin na zaskarżenie ww. czynności podjętej przez Zamawiającego, w ramach prowadzonego postępowania, upłynął wraz z dniem 1 lipca 2019 r. W toku niejawnego posiedzenia Izby z udziałem Stron i uczestnika postępowania Odwołujący oświadczył, że nie zaskarżył, poprzez złożenie odwołania do Izby, czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej z SIWZ.

Następnie w dniu 3 lipca 2019 r. Zamawiający poinformował o wyniku postępowania i dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta wykonawcy Smart Factor.

W ocenie Izby, w ustalonym stanie faktycznym, odwołanie podlega odrzuceniu na

podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, w świetle którego Izba odrzuca odwołanie

wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 179 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp, w tym odwołanie, 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, z tym zastrzeżeniem, że wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują one również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym tylko podmioty wskazane w tym przepisie mogą zostać uznane za uprawnione do wniesienia odwołania, stąd a contrario podmioty niezaliczające się do tego grona, uznane muszą zostać za nieuprawnione do wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie musi zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W tym miejscu konieczne jest odwołanie się do definicji pojęcia wykonawcy, zawartego w art. 2 pkt 11 Pzp. Według powołanego przepisu przez wykonawcę należy

rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Analizując powołany przepis dostrzec należy, że status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie nie było sporne, iż Odwołujący złożył Zamawiającemu ofertę. Zatem niewątpliwym jest, że status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego pierwotnie Odwołujący posiadał. Niemniej jednak, w wyniku czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty, która następnie nie została przez Odwołującego w odpowiednim czasie zaskarżona, Odwołujący status aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia utracił.

Izba podziela stanowisko przedstawione w uzasadnieniu postanowienia z dnia 24 października 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2145/17 oraz w postanowieniu z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie o sygn.. akt. KIO 287/16, które zdaniem Izby pozostaje aktualne, w których zauważono, że „(...) W postanowieniu z 19 marca 2012 r. sygn. akt IX Ga 39/12 (niepubl.) Sąd Okręgowy w Lublinie wskazał, że w pierwszej kolejności Krajowa Izba

Odwoławcza winna ocenić, czy odwołanie zostało wniesione przez podmiot do tego uprawniony.

Izba zważyła, że odwołujący nie kwestionuje czynności wykluczenia go z postępowania. Czynność wykluczenia wywiera zatem skutki prawne, które - wobec nie wniesienia skargi do Sądu Okręgowego na wyrok Izby z 10 czerwca 2013 r. - 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 Pzp.

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, który został skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu, 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 (niepubl.). W uzasadnieniu tego postanowienia Sąd Okręgowy stwierdził, że odwołanie wniesione przez taki podmiot podlega odrzuceniu, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Analogiczny pogląd wywiedziony został także w postanowieniu Izby z dnia 18 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1176/09) oraz z dnia 5 kwietnia 2011 r., (sygn. akt: KIO 842/11, KIO 844/11), w których Izba za nieuprawniony uznała podmiot, któremu nie służy przymiot wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, na którym zostaje złożony środek ochrony prawnej”.

Podkreślenia wymaga, że tożsame stanowisko wynika również z postanowienia Izby z dnia 30 maja 2016 r. (sygn. akt KIO 849/16).

Izba stoi na stanowisku, że sytuację tę zrównać należy z przypadkiem, w którym oferta złożona przez wykonawcę, biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia została przez Zamawiającego odrzucona, a czynność ta następnie nie została przez niego zaskarżona poprzez złożenie odwołania do Izby. Konsekwencją powyższego jest to, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego staje się ostateczna. Wobec powyższego Izba prezentuje pogląd, że wraz upływem terminu na złożenie odwołania do KIO, wobec dokonanej przez Zamawiającego czynności (tj. odrzucenia złożonej oferty) podmiot, do którego czynność ta bezpośrednio się odnosi, traci status aktywnego wykonawcy - przestaje on z tą chwilą czynnie uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym

nie może już uzyskać zamówienia w danym postępowaniu ani też skutecznie kwestionować innych czynności podejmowanych przez Zamawiającego.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, zasadzającą się na tym, że wykonawcy Webmob, pomimo tego, że jego oferta została skutecznie odrzucona, przysługują środki ochrony prawnej jako podmiotowi, który chciałby czuwać nad poprawnością prowadzenia postępowania, Izba uznała za chybioną. Izba stanęła na stanowisku, że w omawianym stanie faktycznym wraz z upływem terminu na wniesienie skargi i brakiem zaskarżenia wyroku przez wykonawcę Webmob utracił on status „aktywnego" wykonawcy, a tym samym nie może już kwestionować wyboru oferty najkorzystniejszej, a także podnosić zarzutów względem oferty wykonawcy Smart Factor. Natomiast w zakresie powoływanych przez Odwołującego wyroków Izby, to wskazać należy, że zapadły one w odmiennych stanach faktycznych, a tym samym nie mogą one mieć bezpośredniego przełożenia w rozpoznawanej sprawie.

Jeśli zaś chodzi o powołane orzecznictwo TSUE to Izba doszła do przekonania, że orzecznictwo Trybunału nie sprzeciwia się temu, aby wykonawca, który został wykluczony przez Zamawiającego lub jego oferta została odrzucona przez Zamawiającego, a który wciąż może skorzystać z uprawnienia do złożenia odwołania lub skargi z tego uprawnienia skorzystał. Sytuacja opisana powyżej umożliwia wykonawcy, pomimo wykluczenia go z postępowania, czy też odrzucenia jego oferty, zakwestionowanie chociażby dokonanego przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, czy też czynności unieważnienia postępowania.

Rację ma również Zamawiający, który stwierdził, że stan faktyczny sprawy będącej przedmiotem wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus i Gama potwierdza, iż odrzucony w tym przypadku wykonawca nie zgadzając się z decyzjami instytucji zamawiającej, dokonał ich zaskarżenia, odmiennie niż w przypadku wykonawcy Webmob, który świadomie zaniechał wyczerpania dopuszczonego ustawowo trybu odwoławczego w postaci wniesienia odwołania do Izby. Zatem stan faktyczny w omawianej sprawie jest zgoła odmienny. Mamy tu bowiem do czynienia z podmiotem, który nie ma nie tylko interesu w pozyskaniu zamówienia, lecz również we wnoszeniu środków ochrony prawnej wobec wyboru najkorzystniejszej oferty, w świetle zaniechania wyczerpania dopuszczalnego ustawowo trybu odwoławczego w odniesieniu do odrzucenia własnej oferty. Powyższe jednoznacznie pozbawia Odwołującego możliwości skutecznego ubiegania się o zamówienie w prowadzonym aktualnie trybie jego udzielenia i czyni go podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało charakteru merytorycznego rozstrzygnięcia przedmiotu sporu, a odnosiło się do zbadania formalnych przesłanek skuteczności złożonego środka ochrony prawnej, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 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.2010.41.238).

Przewodniczący: .....