Sygn. akt: KIO 2647/21

WYROK

z dnia 28 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2021 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2021 r. przez wykonawcę: Webfleet Solutions Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z

siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie
przy udziale wykonawcy: GEOTIK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego,

   tytułem wpisu od odwołania;

   2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2647/21

UZASADNIENIE

Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Udostępnienie Systemu Zarządzania i Ewidencji Floty”, o wartości szacunkowej przekraczającej progi unijne określone w art. 3 ustawy Pzp; znak sprawy BZA.2600.253.2021 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 czerwca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2021/S 124-329643.

W dniu 6 września 2021 r. przez wykonawcę: Webfleet Solutions Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 16 ustawy Pzp poprzez niezachowanie w specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) zasady przejrzystości i proporcjonalności oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty Geotik Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Geotik”) i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania;

2. art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z Rozdziałem VII pkt 1 SWZ poprzez zaniechanie wykluczenia Geotik pomimo, iż zataił informację o korzystaniu z zasobów finansowych Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie;

3. art. 110 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Geotik pomimo, iż czynność taką zamawiający może wykonać na każdym etapie postępowania;

4. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w zw. z Rozdziałem V pkt 8 SWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Geotik pomimo, iż wykonawca ten nie wniósł wadium;

5. art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania informacji o odrzuceniu oferty złożonej przez Geotik.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: odrzucenia ofert złożonej przez Geotik, zmodyfikowania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 26 sierpnia 2021 r. w ten sposób, że będzie podana informacja o odrzuceniu oferty Geotik, a także obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Zamawiający w dniu 7 września 2021 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego zgłosił w dniu 10 września 2021 r. wykonawca: GEOTIK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej także „przystępujący").

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego na płycie CD, po zapoznaniu się z odwołaniem, stanowiskiem procesowym zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę, korzystającego ze środków ochrony prawnej, podlega badaniu przez Izbę z urzędu, w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Z kolei stwierdzenie braku legitymacji do wniesienia środków ochrony prawnej stanowiącej przesłankę materialnoprawną - prowadzi do oddalenia odwołania.

W tym zakresie Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 505 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej 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.

Tym samym legitymacja czynna do wniesienia odwołania przysługuje odwołującemu, jeżeli wykaże, że: 1) ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz, także jako warunek konieczny: 2) poniósł lub może ponieść szkodę, przy czym poniesiona lub ewentualna szkoda, którą odwołujący może ponieść w wyniku czynności zamawiającego jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Po stronie odwołującego z kolei leży ciężar wykazania, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom o zamówieniach publicznych, czego następstwem jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody.

Z konstrukcji cytowanego przepisu, tj. z użycia spójnika „oraz" wynika, że w celu korzystania ze środków ochrony prawej konieczne jest wykazanie nie tylko posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, ale interesu kwalifikowanego przejawiającego się w poniesieniu lub też możliwości poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań zamawiającego. Komentowany przepis nie pozwala więc na alternatywne wykazanie tylko jednej przesłanki

np. w postaci posiadania (obecnie lub na etapie wcześniejszym) interesu w uzyskaniu zamówienia albo poniesienia lub możliwości poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań zamawiającego. Obie te przesłanki muszą wystąpić łącznie. Co należy dodać, z treści cytowanej regulacji wynika, że poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wykonawcę lub uczestnika konkursu musi być następstwem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Bez istnienia takiego związku i w razie braku wypełnienia się powyższych przesłanek - nie jest spełniona materialnoprawna przesłanka dopuszczalności korzystania ze środków ochrony prawnej. Izba wielokrotnie wskazywała w swoich orzeczeniach, że celem postępowania odwoławczego nie jest wyłącznie zapewnienie zgodności czynności zamawiającego z prawem in abstracto, a więc nie ochrona interesu publicznego poprzez sprawowanie nadzoru nad prawidłowością prowadzenia postępowania, a dbałość o interes podmiotu wnoszącego odwołanie. Tak na przykład w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 719/13 Izba zauważa, że „przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia (wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu). Odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego".

Wyraz takiego stanowiska dał również Sąd Okręgowy w Warszawie, który w Wyroku

z dnia 7 grudnia 2011 r., sygn. akt V Ca 1973/11 zauważył: „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. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy, by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy (choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz.U. z 2007 r. Nr 231, poz. 1701 ze zm.).

W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia" i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy. Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by mogła nieograniczona podmiotowo możliwość kwestionowania wyników wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby

to pożywka dla tych wszystkich, którzy - z różnych powodów - widzieliby korzyść w paraliżowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego." Wyrok niniejszy, chociaż zapadł na gruncie interpretacji przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (art. 179 ust. 1), pozostaje nadal aktualny, wobec analogicznego brzmienia przepisu art. 505 ustawy Pzp.

Odnosząc się z kolei do pojęcia „szkody", o czym stanowi przepis art. 505 ustawy Pzp, nie zostało ono zdefiniowane w przepisach ustawy Pzp. W tym zakresie można posiłkować się przepisami kodeksu cywilnego, stosowanymi na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Szkoda, w świetle przepisów kodeksu cywilnego obejmuje uszczerbek majątkowy i niemajątkowy, przy czym w związku z połączeniem szkody z interesem wykonawcy w uzyskaniu zamówienia należy przyjąć, że szkoda, o której mowa w komentowanym przepisie, ma postać szkody o charakterze majątkowym. W przypadku utraty możliwości wykonania zamówienia publicznego mamy bowiem do czynienia z sytuacją, w której wykonawca traci możliwość osiągnięcia zysków, które przyjmował z tytułu realizacji zamówienia, a zatem szkoda zasadniczo przyjmuje charakter szkody majątkowej.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy zauważenia wymaga, co nie było sporne między stronami, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty (odwołującego i przystępującego). Pismem z 26 sierpnia 2021 r. odwołujący został poinformowany o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Odwołanie niniejsze służyć ma jedynie zakwestionowaniu oferty złożonej przez Geotik, która uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu. Co również istotne w niniejszej sprawie, przystępujący nie zakwestionował wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, stąd decyzja zamawiającego stała się prawomocna.

Odwołujący na rozprawie nie przeczył powyższym okolicznościom, próbując jednocześnie wywodzić swój interes we wniesieniu przedmiotowego środka ochrony prawnej, z treści art. 263 ustawy Pzp, który przewiduje, że w przypadku gdy wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od podpisania umowy, zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę albo unieważnić postępowanie.

W ocenie Izby taka argumentacja nie zasługuje na aprobatę, wskazany przepis nie może stanowić bowiem podstawy do wywodzenia istnienia interesu we wnoszeniu środka ochrony prawnej tj. odwołania. Zauważyć należy bowiem, że to od wykonawcy wybranego w postępowaniu (tu odwołującego) zależy czy będzie wyrażał wolę zawarcia umowy, a kolejne decyzje zamawiającego będą wyłącznie konsekwencją postawy odwołującego. Przy tym zamawiający może, ale nie ma takiego obowiązku, dokonać wyboru oferty spośród pozostałych ofert, co poprzedza dodatkowo czynnościami w postaci ich zbadania i oceny, ale może także zdecydować o unieważnieniu postępowania.

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie odwołujący nie wykazał przesłanek dla wniesienia odwołania, określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez

zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Nawiązując w tym miejscu do wcześniejszego wywodu, odnoszącego się do konieczności kumulatywnego wykazania spełnienia przez wykonawcę przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody Izba stwierdza, że niewątpliwie odwołujący wykazał spełnienie pierwszej przesłanki w zakresie interesu w uzyskaniu zamówienia o której mowa w art. 505 ustawy Pzp, gdyż złożył ofertę

w postępowaniu i o zamówienie to się ubiega. Natomiast nie została spełniona przesłanka w zakresie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego wyrażająca się zaniechaniem przez zamawiającego dokonania czynności w postaci odrzucenia oferty Geotik, który uplasował się na drugiej pozycji w rankingu.

Po pierwsze szkoda, o której mówi odwołujący ma charakter czysto hipotetyczny, gdyż dotyczy sytuacji zależnej od odwołującego w postaci nie zawarcia umowy w postępowaniu

w przypadku, gdy sam będzie uchylał się od jej podpisania. Ponadto, w świetle art. 505 ustawy Pzp, szkoda musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom Pzp. Konieczne jest tym samym wykazanie przez odwołującego, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom Pzp czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

W tym przypadku to nie czynność zamawiającego, ale działania samego odwołującego (uchylanie się od zawarcia umowy) mogą spowodować utratę szansy na uzyskanie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.

Brak wykazania legitymacji materialnej z art. 505 ustawy Pzp, podobnie jak to miało miejsce w myśl dawnego przepisu art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - stanowi samodzielną przesłankę oddalenia odwołania i prowadzi do braku potrzeby merytorycznej oceny zarzutów, której skład orzekający w niniejszej sprawie w konsekwencji nie dokonywał.

Aktualne pozostaje orzecznictwo, odnoszące się do tej problematyki, wydane na gruncie przepisu art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 3 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1231/14 „stwierdzenie, że odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia środka ochrony prawnej prowadzi do oddalenia odwołania bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu". Podobnie stwierdził skład orzekający w wyroku KIO z dnia 26 września 2016 r., sygn. akt KIO 1719/16.

Z powyższych powodów Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz §8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U., poz. 2437).

Przewodniczący :