Sygn. akt: KIO 427/22

WYROK

z dnia 3 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 3 marca 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2022 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Impel Security Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Tech Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu - obecnie Impel Synergies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Impel Security Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Tech Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu - obecnie Impel Synergies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Impel Security Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Tech Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu - obecnie Impel Synergies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu 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 (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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 427/22

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający - Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. pn. „Ochrona osób i mienia, monitorowanie oraz konserwacja systemów alarmowych w obiektach Izby Administracji Skarbowej w Rzeszowie”.

Ogłoszenie o tym zamówieniu 17 listopada 2021 r. zostało opublikowane Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem ogłoszenia 2021/BZP 00272885/01 (zmianami treści ogłoszenia nr 2021/BZP 00280824/01 z dnia 23.11.2021 r., nr 2021/BZP 00284726/01 z dnia 25.11.2021 r. oraz nr 2021/BZP 00290999/01 z dnia 30.11.2021 r.).

W dniu 16 lutego 2022 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Impel Security Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Tech Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu - obecnie Impel Synergies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu wnieśli odwołanie w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania w części nr I i nr II zamówienia:

1) art. 16 pkt. 1 ustawy prawo zamówień publicznych przez naruszenie przez

Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty Odwołującego;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 pkt b) ustawy prawo zamówień publicznych w związku z art. 117 ust. 1-4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego;

3) art. 239 ust 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł w związku z podniesionymi zarzutami odwołania o:

• nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

• nakazanie Zamawiającemu uchylenia odrzucenia oferty Odwołującego;

• nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący podał, że ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przedstawił argumentację faktyczną co do zarzutów odwołania podniesionych na wstępie odwołania.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2022 roku skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 lutego 2022 roku od czynności Zamawiającego z dnia 11 lutego 2022 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 28 lutego 2022 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie".

Izba ustaliła:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismami z dnia 11 lutego 2022 r. powiadomił Odwołującego o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w Części I i II zamówienia oraz powiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego dla tych obu części.

Izba zważyła:

Izba ustaliła, Odwołujący nie wykazał wypełnienia łącznie przesłanek z art. 505 ust 1 nowej ustawy - 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 - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Odwołujący w uzasadnieniu przesłanek podał:

Wskazanie interesu Odwołującego: Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

Izba mając na uwadze całość okoliczności w przedmiotowej sprawie objętych tym odwołaniem stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał legitymacji do wnoszenia odwołania.

Odwołujący nie wykazał materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności wniesienia odwołania, bowiem w ogóle nie wskazał jednej z określonych w art. 506 ust. 1 ustawy przesłanek tj. poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy.

Wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego ten ostatni musi wykazać na moment wniesienia odwołania, a stanowisko w tym zakresie musi zostać zawarte w odwołaniu. W przedmiotowej sprawie odwoławczej wykonawca Odwołujący nie odniósł się w ogóle do jednej z przesłanek określonych w artykule 505 ust. 1 ustawy tj. poniesienia bądź możliwości podniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego. Wymaga odnotowania, że posiadanie statusu wykonawcy - podmiotu który złożył ofertę w postępowaniu - nie jest wystraczające do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej określonych ustawą i w zasadzie nie rodzi żadnych skutków procesowych. Obligatoryjny charakter przesłanek i konieczność ich wykazania w postępowaniu przez składającego odwołanie wykonawcę potwierdza również art. 505 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym uprawnionymi do wniesienia odwołania wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielnie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia są organizacje wpisane na listę (art. 469 pkt 15 ustawy) oraz Rzecznik Małych i średnich Przedsiębiorców, które to podmioty z natury rzeczy nie wykazują przesłanek wskazanych w art. 505 ust. 1 ustawy.

W sposób jednoznaczny odnosi się do tego doktryna, gdzie w Komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 roku Urzędu Zamówień Publicznych (red. H. Nowak i M. Winiarz) podano, że „dla skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej nie jest wystarczające, aby wniósł je podmiot zaliczany do kategorii wskazanej w art. 505 ust. 1 Pzp. Podmiot korzystający ze środka ochrony prawnej - oprócz tego, że musi zaliczać się do tej kategorii - musi także wykazać spełnienie tzw. materialnoprawnych przesłanek do wniesienia środka ochrony prawnej, tj. wykazać, że: 1) ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie, 2) poniósł lub może ponieść szkodę, 3) poniesiona lub możliwa do poniesienia szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.”

Izba podkreśla, że obowiązek wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy został wprowadzony do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych wraz z jedną z kolejnych nowelizacji tejże ustawy dokonaną dnia 2 grudnia 2009 roku, na mocy ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. nr 223 poz.1778) która weszła w życie w dniu 29 stycznia 2010 roku. Na mocy tej nowelizacji ustawodawca przyznał prawo do skutecznego wniesienia środków ochrony prawnej określonych w dziale VI ustawy 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 ustawy. Zmiany jakie zostały wprowadzone miały na celu w zakresie środków ochrony prawnej, między innymi, implementację do prawa krajowego postanowień dyrektywy 200/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 roku zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/WEG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (DzUrz UE L 335 z 20 grudnia 2007 roku). W wyniku tej zmiany wykonawca składając odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej winien był wykazać, że posiada lub posiadał interesu w uzyskaniu zamówienia, jak również przepisy znowelizowanej ustawy wprowadziły konieczność wykazania przez wykonawcę, że poniósł lub może podnieść szkodę w wyniku naruszeń przepisów ustawy. Powyższe regulacje prawne znajdują swoją szeroką wykładnię w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz są niezmienne od 2010 roku, gdy zaczęły obowiązywać w porządku prawnym zamówień publicznych. Przesłankę szkody bada się na dzień wnoszenia odwołania w odniesieniu do czynności Zamawiającego jakie zostały upublicznione, przy czym wykonawca w złożonym odwołaniu musi tę przesłankę wykazać (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia

25 lutego 2021 roku sygn. akt KIO 373/21).

W ocenie Izby w odniesieniu do przesłanki poniesienia szkody lub jej możliwości Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia, to natomiast nie pozwala na zbadanie tej przesłanki. Izba nie może się domyślać wykazania przesłanki, nie może jej domniemywać czy też wnioskować z przedstawionego uzasadnienia faktycznego odwołania. Jednoznacznie zostało ww. komentarzu zaznaczone, że wykonawca musi wykazać spełnienie tych przesłanek, co oznacza że nie tylko musi wykazać że faktycznie one są spełnione ale w ogóle podnieść argumentację w tym zakresie (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2020 roku sygn. akt KIO 2193/20, KIO 2196/20, KIO 2198/20).

W okolicznościach tej sprawy Izba powołuje wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 roku sygn. akt IX Ga 44/08, który mimo wydania w obowiązującym wtedy stanie prawnym pozostaje aktualny również obecnie - co potwierdzają odwołania do tego orzeczenia - a który w sposób jednoznaczny potwierdza, że przesłanki materialnoprawne dopuszczenia odwołania muszą być wykazane w odwołaniu. Brak wykazania przesłanek materialnoprawnych uzasadnia oddalenie odwołania. Oddalenie odwołania z uwagi na brak wykazania - w tym przypadku w ogóle brak podania - przesłanek materialnoprawnych dopuszczalności odwołania uzasadnia niepoddawanie rozpoznaniu zarzutów merytorycznych podnoszonych w odwołaniu, z uwagi na stwierdzony brak dopuszczalności tego odwołania. Potwierdza to również wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 17 października 2008 roku sygn. akt XII Ga 308/08 wskazujący na konieczność w pierwszej kolejności oceny przesłanek materialnoprawnych dopuszczalności wniesienia odwołania (skargi) aby uznać, że w konkretnej sprawie określonemu podmiotowi wnoszącemu środek ochrony prawnej w ogóle przysługuje (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2020 roku sygn. akt KIO 2193/20, KIO 2196/20, KIO 2198/20).

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W przedmiotowej sprawie odwołanie okazało się niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:.....