

WYROK

z dnia 9 listopada 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 9 listopada 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2022 roku przez odwołującego wykonawcę Arkadis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością E2 spółka komandytowa z siedzibą Czudec

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miasto i Gmina Uzdrowskowa Muszyna

przy udziale:

- A) Wykonawcy Ł. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą LSOL Ł. F. z siedzibą w Nowym Sączu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2813/22 po stronie Odwołującego,
- B) Wykonawcy M. B. zamieszkałego w Pielgrzymce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2813/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Arkadis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością E2 spółka komandytowa z siedzibą Czudec i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Arkadis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością E2 spółka komandytowa z siedzibą Czudec 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 2813/22

Zamawiający - Miasto i Gmina Uzdrawiskowa Muszyna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Kompleksowe odpłatne pełnienie obowiązków nadzorującego nad robotami budowlanymi podczas realizacji zadania pn.: „Budowa wieży widokowej z obiektami małej architektury (ławki, stoły, stojaki na rowery) na górze Malnik na działkach nr 2245/1, 3682 położonych w obrębie ewidencyjnym Muszyna, gm. Muszyna”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00346707/01 w dniu 14 września 2022 roku.

W dniu 24 października 2022 roku wykonawca Arkadis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością E2 spółka komandytowa z siedzibą Czudec wniósł odwołanie działając na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710; dalej „ustawa” lub „pzp”) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 16 pkt 1 ustawy przez brak równego traktowania,
- art. 17 pkt 1 ustawy przez brak udzielenia zamówienia zgodnie z ustawą,
- art. 226 ust. 8 ustawy przez nie odrzucenie oferty wybranego wykonawcy pomimo, że zawiera rażąco nisko cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty; powtórzenia procesu badania i oceny złożonych ofert; wybór oferty w zgodności z ustawą.

Odwołujący podał, że posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, na skutek czego Odwołujący traci szansę na uzyskanie zamówienia publicznego.

Zamawiający dnia 17 października 2022r. przekazał Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty [pismo znak Zp.271.37.2022 z dnia 17.10.2022r] w którym wskazał że dokonał wykonawcy - M. B. 38-223 Osiek Jasielski m. Pielgrzymka 96; pomimo jak wynika z udostępnionych dokumentacji przetargowej wybrany wykonawca nie sprostął obowiązkowi dowodowemu zakresie »»rażąco nisko ceny«« natomiast Zamawiający nie dołożył należytej staranności w ocenie złożonych wyjaśnień. Odwołujący podał, że gdyby Zamawiający po dokonaniu starannej analizy założeń wyjaśnień ws. »»rażąco nisko ceny«« przez wybranego wykonawcę i uznaniu, że wybrany wykonawca nie sprostął obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust. 5 Pzp tj. „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy” to wówczas oferta Odwołującego miała by szansę na ewentualny wybór.

Odwołanie zawierało braki formalne, które zostały uzupełnione w dniu 31 października 2022 roku na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2022 roku.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego 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 skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 października 2022 roku od czynności Zamawiającego z dnia 17 października 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 dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia 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 uczestnika postępowania odwoławczego.

Do akt sprawy odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego z dnia 8 listopada 2022 roku „Odpowiedź na odwołanie”, gdzie Zamawiający uwniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 9 listopada 2022 roku do akt sprawy odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego Arkadis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością E2 spółka komandytowa z siedzibą Czudec.

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 pismem z dnia 17 października 2022 r. powiadomił wykonawców - zamieszczając informację na platformie zakupowej oraz przekazując wszystkim wykonawcom - o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty złożonej przez wykonawcę M. B. Zamawiający podał również:

Oferta ww. Wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji warunków zamówienia: zawiera najniższą cenę tj. 27 700,00 zł brutto (słownie: dwadzieścia siedem tysięcy siedemset złotych 00/100) oraz spełnia inne kryteria odnoszące się do przedmiotu niniejszego zamówienia publicznego, a w związku z powyższym uzyskała najwyższą liczbę punktów w wyniku oceny ofert przeprowadzonej przez Zamawiającego, na podstawie kryteriów wskazanych w niniejszym postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Liczba możliwych do otrzymania punktów na podstawie kryteriów opisanych w SWZ tj. za kryterium „Cena oferty (z podatkiem VAT) na którą powinny się składać wszelkie koszty ponoszone przez wykonawcę” wynosi 60 pkt, za kryterium „Doświadczenie osoby, którą wykonawca dysponuje do wykonania niniejszego zamówienia i która będzie uczestniczyła w realizacji przedmiotu zamówienia ” wynosi 40 pkt.

Na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 1 oraz art. 253 ust. 2 ustawy pzp Zamawiający przedstawia nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania Wykonawców, którzy złożyli oferty oraz punktację przyznaną ofertom niepodlegającym odrzuceniu:

--

Numer oferty	Wykonawca	Punktacja za kryterium cena	Doświadczenie osoby, którą Wykonawca dysponuje do wykonania niniejszego zamówienia i która będzie uczestniczyła w realizacji przedmiotu zamówienia	Łączna punktacja
1.	LSOL Ł. F. UL.BROWARNA 35/24 33 300 NOWY SĄCZ	35,51 pkt	0,00 pkt	35,51 pkt
2.	EMKA J. W. Wielopole 182 33-311 Wielogłowy	13,65 pkt	0,00 pkt	13,65 pkt
3.	M. B. PIELGRZYMKI 96 38-223 OSIEK JASIELSKI	60,00 pkt	0,00 pkt	60,00 pkt
4.	Arkadis sp. z o.o. E2 sp. k. 38-120 Czudec ul. Słoneczna 47	33,28 pkt	0,00 pkt	33,28 pkt

Zgodnie z Protokołem postępowanie w trybie podstawowym dla przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający podał w punkcie 14, że w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie odrzucono żadnej oferty.

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 posiadania interesu we wniesieniu odwołania podają, że oferta Odwołującego miała by szansę na ewentualny wybór.

Odwołujący w zakresie zarzutów odwołania, jak również w zakresie podniesionego uzasadnienia odwołania, odnosi się jedynie do oferty wykonawcy wybranego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

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. 505 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. Pierwszą z materialnoprawnych przesłanek wniesienia odwołania jest wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia i choć ustawa nie wprowadza definicji tego pojęcia to w oparciu o stanowiska doktryny oraz ugruntowane w orzecznictwie Izby stanowiska należy wskazać, że wiąże się on z chęcią uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie. Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia, a interes Odwołującego musi być utożsamiany z doznany przez wykonawcę uszczerbkiem interesu własnego w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu w wyniku naruszenia przepisów ustawy. Drugą przesłanką legitymacji czynnej, której spełnienie musi nastąpić kumulatywnie wraz z przesłanką interesu w uzyskaniu danego zamówienia jest wykazanie przez Odwołującego, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. Na kanwie zamówień publicznych, szkoda co do zasady będzie rozumiana jako szkoda majątkowa z tego względu, że utrata możliwości uzyskania zamówienia ma charakter ekonomiczny. Szkoda jakiej poniesienie lub możliwość poniesienia musi wykazać Odwołujący musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem podnoszonych przez Odwołującego przepisów ustawy. 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 (Dz.Urz 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 nowelizowanej 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 niezmiennie 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 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.”

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 udzielenie 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 przedmiotowej sprawie odwoławczej wykonawca Odwołujący nie wykazuje kumulatywnego spełnienia przesłanek skutecznego wniesienia odwołania. Odwołujący w ocenie Izby nie wykazał potencjalnego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie odniósł się do przesłanki 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 wystraszające do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej określonych ustawą i w zasadzie nie rodzi żadnych skutków procesowych.

Należy podkreślić, że zgodnie z ustaleniami dokonanymi na podstawie akt postępowania odwoławczego oferta Odwołującego uplasowała się na trzeciej (3) pozycji rankingu ofert z punktacją 33,28 punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Poprzedzały ofertę Odwołującego oferta wykonawcy Ł. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą LSOL Ł. F. z siedzibą w Nowym Sączu z punktacją 35,51 punktów oraz wykonawcy wybranego w postępowaniu tj. M. B. zamieszkałego

w Pielgrzymce z punktacją 60,00 punktów. Izba podkreśla, że żadna z ofert złożonych w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie została odrzucona z postępowania. Odwołujący nie podniósł żadnych zarzutów w stosunku do oferty wykonawcy LSOL Ł. F. z siedzibą w Nowym Sączu, którego oferta w rankingu ofert poprzedza ofertę Odwołującego. Oznacza to, że nie kwestionuje Odwołujący w ramach tego postępowania odwoławczego dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty ww. wykonawcy z drugiej pozycji rankingu ofert.

Brak kwestionowania przez Odwołującego oceny oferty wykonawcy uplasowanego na drugiej pozycji, poprzedzającej ofertę Odwołującego stanowi o braku wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz braku wykazania przesłanki możliwości poniesienia szkody. Odwołujący w zasadzie nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla wykazania tych przesłanek, a to natomiast nie pozwala na ich zbadani. 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; Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2021 roku sygn. akt 2565/21; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2022 roku sygn. akt 373/22).

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. Nie zasądzone Zamawiającemu żadnych kosztów postępowania pomimo złożonego wniosku, bowiem nie przedstawił do zamknięcia rozprawy

żądnych faktur ani rachunków lub spisu kosztów co wynika z § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:.....