Sygn. akt: KIO 752/23

WYROK

z dnia 29 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 29 marca 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2023 roku przez odwołującego wykonawcę KOMBIT Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Kluczbork

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę KOMBIT Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu 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 KOMBIT Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy KOMBIT Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu na rzecz Zamawiającego Gminy Kluczbork kwotę 3 600,00 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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 752/23

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

Zamawiający – Gmina Kluczbork prowadzi postepowanie o udzielnie zamówienia publicznego pn.: Dostawa sprzętu i oprogramowania w ramach projektu „Cyfrowa Gmina”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 17 lutego 2023 roku pod nr 2023/BZP 00100196.

W dniu 19 marca 2023 roku wykonawca KOMBIT Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu wniósł w zakresie: a) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Netkom P. R. ul. Waryńskiego 53a 27-400 Ostrowiec

Świętokrzyski (dalej „NETKOM”) jako najkorzystniejszej oferty; b) czynności badania i oceny ofert ■ złożonych przez wykonawcę NETKOM oraz wykonawcę KOMBIT Group ul. Migdałowa 60, 61-612 Poznań (dalej „Odwołujący”); c) zaniechania odrzucenia oferty złożonej ■ przez wykonawcę NETKOM; d) odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.; dalej: ustawy) przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę NETKOM, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w szczególności w zakresie nie spełnienia wymogów SWZ dla notebooka (poz.3 zał. 5A do SWZ) oraz komputera (poz. 1 z zał. 5B SWZ);

2) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy NETKOM jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu;

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy przez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, jako sprzecznej z treścią SWZ w sytuacji, gdy jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia i spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego;

4) art. 107 ust. 2 ustawy przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych jakim są karty katalogowe zaoferowanego sprzętu, tym bardziej że Zamawiający w dokumentach zamówienia przewidział możliwość wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych

z ostrożności także:

5) art. 223 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty tj. spełnienia wymagania w zakresie treści złożonej oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie: a) unieważnienia czynności wyboru oferty NETKOM jako najkorzystniejszej, b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, c) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert, d) odrzucenie oferty NETKOM z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu, e) ewentualnie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień/uzupełnień w zakresie oferowanego sprzętu, f) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę NETKOM, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia:

1. Oferta firmy NETKOM w poz. 3 z zał. 5A SWZ — Komputer przenośny — 20 szt. Zaoferowano laptopy Lenovo ThinkBook 15-ITL G2 15,6”FHD/i5-1135G7/ 16GB/SSD512GB/IrisXe/11PR(20VE012DPB), które nie posiadają wymaganej jasności i kontrastu matrycy. Wymogiem Zamawiającego jest: Jasność matrycy, kontrast: min. 300 cd/m2 , min 800:1 Wskazany model 20VE012DPB jak potwierdza karta katalogowa (załącznik nr 1) posiada matrycę o maksymalnej jasności 250 cd/m2 (inaczej nitów) oraz kontrast 700:1 (załącznik nr 2). Odwołujący podał, że jak wskazuje dowód z załącznika nr 2 w całej serii laptopów ThinkBook 15-ITL G2 jedyna matryca o jasności do 250 cd/m2 posiada kontrast na poziomie 700: 1, a nie jak wmagany — 800:1. Jako potwierdzenie - karty katalogowe producenta modelu 20VE012DPB (zał. 1 — Lenovo 20VE012DPB) oraz kartę katalogową do całej serii (zał. 2 - ThinkBook 15ITL G2, str. 4), z których jasno wynika rodzaj zastosowanej matrycy.

2. Oferta firmy NETKOM w poz. 1 z zał. 5B SWZ — Komputery stacjonarne — 5 szt. Zaoferowane komputery ThinkCentre M70s SFF i5-10400/8GB/SSD512GB/UHD/DVDRW/10PR/GT730 posiadają procesory Intel Core i5-10400. Ich taktowanie bazowe wynosi jedynie 2,9 GHz (karta katalogowa ze strony producenta procesora w załączniku nr 3 — Intel Core i5-10400).

Wymogiem Zamawiającego jest procesor o min. taktowaniu 3,6 GHz. Tak więc, procesory i5-10400 nie spełniają wymogów opisu przedmiotu zamówienia. Osiągają one taką częstotliwość jedynie w trybie Turbo. Finna Netcom nie zadała jednak żadnego pytania czy Zamawiający dopuści procesory o taktowaniu 3,6 GHz ale osiągane w trybie Turbo. Wg dostępnych wyroków Izby, jeżeli Zamawiający nie poda

wprost, że chodzi o taktowanie w trybie Turbo, należy uznać że chodzi o częstotliwość bazową procesora i to ona stanowi podstawę doboru procesora do oferty. Akceptacja procesorów i5-10400 przez Zamawiającego oznacza nierówne traktowanie oferentów oraz faworyzuje firmę Netcom. Wymogiem jest zegar minimalny 3,6 GHz, zaoferowany procesor nie spełnia w/w wymogu.

3. Oferta finny NETKOM w poz. 2 z zał. 5A SWZ — Monitor interaktywny (dla szkół 0% VAT) — 15 szt. Zamawiający w w/w pozycji dla zaoferowanego monitora wymagał przedłożenia wraz z ofertą: certyfikatu potwierdzającego filtr światła niebieskiego oraz certyfikatu potwierdzającego szybę antybakteryjną. Oferta firmy NETKOM nie zawiera w/w certyfikatów.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 107 ust. 2 ustawy przez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, jako sprzecznej z treścią SWZ w sytuacji, gdy jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia i spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego, oraz braku wezwania do uzupełnień przedmiotowych środków dowodowych Odwołujący podał:

Zamawiający w dniu 22 lutego 2023 roku zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu oferty, wskazując iż zaoferowany komputer (w poz. 1 z zał. 5B SWZ— Komputery stacjonarne — 5 szt.) nie posiada portu VGA oraz nie określił tzw. part numer (nr katalogowego), który jednoznacznie określiłby zaoferowany sprzęt twierdząc równocześnie, że niemożliwe jest wezwanie Wykonawcy do złożenia uzupełnień/wyjaśnień. Stanowisko Zamawiającego jest błędne. Z przesłanej korespondencji z wykonawcami wynika, iż Zamawiający pod presją firmy Netkom uznał, że oferta Odwołującego nie spełnia wymogów, nie posiadając żadnych dowodów, iż tak faktycznie jest, a przede wszystkim nie wzywając do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych jakim są karty katalogowe zaoferowanego sprzętu. Zamawiający w SWZ (pkt 1.10 oraz 1.11 SWZ) przewidywał uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych. Ponadto według SWZ w załączników 5A i 5B wymagał złożenia z ofertą kart katalogowych: „Jeśli na stronie internetowej producenta nie jest dostępna pełna oferta modeli sprzętu wraz z jego konfiguracją, do oferty należy dołączyć katalog producenta zaoferowanego produktu umożliwiający weryfikację oferty pod kątem zgodności z wymaganiami Zamawiającego”.

Odwołujący podał, że komputery które zaoferował - Lenovo M70s dostępne są w różnych konfiguracjach, a na stronie

internetowej producenta nie jest dostępna pełna oferta modeli. Niedopatrzeniem w ofercie Odwołującego jest brak załączenia karty katalogowej potwierdzającej zaoferowane parametry, jednakże brak ten powinien zostać uzupełniony zgodnie z dyspozycją art. 107 ust 2 ustawy (pkt. 1.10 SWZ). W załączeniu do odwołania Odwołujący złożył dowód - oświadczenie producenta, że zaoferowany model komputera Lenovo M70s w ofercie posiada złącze VGA (załącznik nr 4).

Odnośnie zarzutu, iż Zamawiający żądał w formularzu podania Modelu/Wersji/PN sprzętu. Należy pamiętać, że zgodnie z dostępnymi wyrokami Izby, ukośnik „/" oznacza LUB, zatem nie było obowiązku wpisywać dokładnego PN (Part Number) sprzętu, skoro podany został model zaoferowanego sprzętu.

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego bez zastosowania procedury uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych lub złożenia stosownych wyjaśnień. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym czynności nie wskazał w oparciu o jakie informacje i skąd pochodzące dokonał oceny oferty. Niewątpliwie musiałby być to dokumenty, które nie zostały złożone przez Odwołującego w postępowaniu. W takim przypadku, obowiązkiem Zamawiającego było przeprowadzenie wyjaśnień/uzupełnień, tak aby Odwołujący miał szanse wyjaśnienia wszelkich wątpliwości w odniesieniu do zgodności treści oferty z wymaganiami Zamawiającego.

Należy zwrócić uwagę na godne rozważenia zapatrywanie dotychczasowego orzecznictwa, że pomimo dyspozycyjności art. 223 st. 1 ustawy Zamawiający jest zobowiązany żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jeżeli zaistnieją ku temu przesłanki. "Istotą bowiem całego prawa zamówień publicznych jest zapewnienie uczciwej konkurencji, jasnych i przejrzystych reguł udzielania tychże zamówień oraz przede wszystkim troski o racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi, nie zaś skrajne formalizowanie trybu udzielania zamówień publicznych i eliminowania oferentów z ubiegania się o zamówienie publiczne z Strona 6 z 7 powodu uchybień ofert, niewpływających na ich istotę, jak też na zakres przyszłych, ewentualnych wzajemnych zobowiązań stron" (wyr. ZA z 22.6.2004 r., UZP/ZO/0-904/04, Legalis); "Zamawiający — w przypadku wątpliwości, co do informacji zamieszczonych w ofercie (...) w pierwszej kolejności powinien zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia, do czego uprawnia go przepis art. 87 ust. 1 PrZamPub12004 [uw. aut. — obecnie art. 223 ust. 1], a w przypadku dalszych wątpliwości — np. co do prawdziwości już uzyskanych informacji od wykonawcy — może zwrócić się bezpośrednio do producenta precyzując jednoznacznie zapytanie w przedmiocie cech urządzenia, co do których nie dał wiary składającemu oświadczenie wykonawcy. W konkluzji Izba stwierdza, że a priori — tak jak w niniejszej sprawie — nie można wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków de facto wyłącznie w oparciu o informacje ze strony internetowej. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w sposób nieuprawniony z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 82 ust. 3 PrZamPub12004 [uw. aut. — obecnie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 218 ust. 2] odrzucił ofertę ■ odwołującego, jako niezgodną, co do treści ze specyfikacją, z pominięciem procedury wyjaśnienia wątpliwości na podstawie wskazanego art. 87 ust. 1 PrZamPub12004 [uw. aut. obecnie art. 223 ust. 1] i w związku z takim ustaleniem również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PrZamPub12004 [uw. aut. — obecnie art. 16] wobec zaniechania — w okolicznościach niniejszej sprawy — wykonania ustawowych obowiązków

jest zasadny" (wyr. KIO z 5.6.2013 r., KIO 1208/13, Legalis).

Odnośnie zarzutu art. 239 ust. 1 i 2 ustawy przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy NETKOM jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu, wskazać należy, co następuje. Przedmiotowy zarzut jest konsekwencją zarzutów podniesionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, oferta wykonawcy NETKOM powinna zostać odrzucona, Zamawiający w konsekwencji jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, i jest jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

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 skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 19 marca 2023 roku od czynności Zamawiającego z dnia 15 marca 2023 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 na posiedzeniu i rozprawie.

Do akt sprawy odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego z dnia 24 marca 2023 roku „Odpowiedź na odwołanie", gdzie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Izba postanowieniem wydanym na rozprawie oddaliła wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z dokumentu złączonego do ww. pisma z uwagi na to, że dokument został złożony w języku obcym bez tłumaczenia.

Odwołujący podtrzymał prezentowane w ww. piśmie stanowisko o oddalenie odwołania w całości w warstwie zarzutów merytorycznych odwołania jednocześnie składając oświadczenie do protokołu rozprawy, że oferta NETKOM jest niezgodna z SWZ w zakresie parametru „jasność matrycy".

W dniu 28 marca 2023 roku do akt sprawy odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego „Pismo procesowe Odwołującego" wraz z załącznikami. Izba postanowieniem wydanym na rozprawie dopuściła dowód z dokumentów załączonych do ww. pisma procesowego oraz dokumentów załączonych do odwołania.

Izba zważyła:

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał wypełnienia łącznie przesłanek z art. 505 ust. 1 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 nie podaje w treści odwołania przesłanego (e-puap) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, które to odwołanie podlega rozpoznaniu przez Izbę, żadnego uzasadnienia w zakresie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, oraz nie uzasadnia w żaden sposób poniesienia lub możliwości poniesienia szkody. Wynika to jednoznacznie z treści odwołania, która została odzwierciedlona w części historycznej uzasadnienia wyroku. Brak jest zatem wskazania zaistnienia dla skuteczności odwołania obowiązkowych przesłanek określonych w art. 505 ust. 1 ustawy.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy, bowiem w załącznikach do odwołania wskazanych przez Odwołującego znajduje się dowód przekazania odwołania do Zamawiającego (1 karta) tj. wydruk emalia wysłanego do Zamawiającego w dniu 19 marca 2023 roku wraz z załącznikami tj.: odwołanie do KIO_Kombit_Group.pdf; zał 1 - 20VE012DPB_ zaznaczenie.pdf; zał 3 - Intel Core i5-10400_zaznaczenie.pdf; zał 4 - oświadczenie producenta.pdf; zał 5 - wpis.pdf; zał 7 -

KRS.pdf jakie zostały przesłane do Zamawiającego. Tym samym wykonany został przez Odwołującego obowiązek wynikający z art. 516 ust. 2 pkt 3 ustawy, zgodnie z którym do odwołania wykonawca dołącza dowód przekazania odwołania do Zamawiającego. Ustawodawca wymaga, w celu dopełnienia warunków formalnych odwołania, przekazania wraz z odwołaniem składanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dowodu, że odwołanie zostało przekazane do Zmawiającego. Ustawa nie wymaga dla dopełnienia warunków formalnych odwołania odnoszących się do wykazania przekazania odwołania Zamawiającemu dołączenia treści przesłanego odwołania, lecz dowód jego przekazania. W trakcie posiedzenia z udziałem stron postępowania odwoławczego Zamawiający potwierdził otrzymanie odwołania.

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 wykazał określonych w art. 505 ust. 1 ustawy przesłanek tj. interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz 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 doznanym przez wykonawcę uszczerbkiem interesu własnego w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu w wyniku naruszenia przepisów ustawy. Izba podkreśla, że samo złożenie odwołania i kwestionowanie czynności czy zaniechań Zamawiającego nie stanowi wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia. Również nie może być uznane za wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia podnoszenie danych zarzutów i argumentacja faktyczna uzasadniająca naruszenie danego przepisu ustawy w zakresie prowadzonej procedury o udzielnie zamówienia publicznego.

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 w zarzutach 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 (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 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 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 przedmiotowej sprawie odwoławczej wykonawca Odwołujący nie wykazuje kumulatywnego spełnienia przesłanek skutecznego wniesienia odwołania, bowiem w ogóle nie wykazuje spełnienia którejkolwiek z przesłanek. Izba podkreśla w tym miejscu, że w przypadku tej sprawy odwoławczej Odwołujący nie wykazał spełnienia obu z określonych przesłanek w art. 505 ust. 1 ustawy. Niemniej, brak wykazania choćby jednej z nich powoduje nieskuteczność złożonego dowołania. 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 wystraczające do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej określonych ustawą i w zasadzie nie rodzi żadnych skutków procesowych.

W okolicznościach tej sprawy Izba powołując 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 jakiegokolwiek uzasadnienia– 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).

W związku z powyższym bezprzedmiotowym są wszystkie dowody złożone przez Strony postępowania w tej sprawie odwoławczej.

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, z przyczyn wskazanych powyżej, 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:……..