Sygn. akt: KIO 997/23

WYROK

z dnia 26 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza

w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę HAPAM POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie,

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Badawczo-Wdrożeniowe „OLMEX" S.A. z siedzibą w Wójtowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego HAPAM POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

   2.2. zasądza od odwołującego HAPAM POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi na rzecz zamawiającego Polskich Sieci Elektroenergetycznych S.A. z siedzibą

w Konstancinie-Jeziornie kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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 997/23

Uzasadnienie

Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie (dalej: „Zamawiający" oraz „PSE") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa odłączników i uziemników do sieci 400 kV" (Numer referencyjny: 2022/WNP - 0182, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 lipca 2022 r. pod numerem 2022/S 131-374666.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

7 kwietnia 2023 r. wykonawca HAPAM POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Odwołujący" oraz „HAPAM POLAND") wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na

dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej ofert złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Badawczo-Wdrożeniowe „OLMEX" S.A. z siedzibą w Wójtowie (dalej: „OLMEX") pomimo, iż wyżej wymieniona oferta podlegała odrzuceniu zgodnie z postanowieniami art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp tj. ponieważ:

- została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń oraz

- jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 252 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy OLMEX, która podlegała odrzuceniu zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, co odnosi się w szczególności do wskazanego w ofercie parametru grubości powłoki cynkowej w odniesieniu do odłączników i uziemników na minimum µm 35, średnio µm 45, co jest niezgodne z wymaganiem Zamawiającego określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") (zgodnie z normą PN-EN ISO 1461 Powłoki ochronne nanoszone na wyroby stalowe i żeliwne metodą zanurzeniową. Wymagania i metody, wskazaną w Specyfikacji Technicznej: „Odłączniki i uziemniki do sieci 110 kV, 220 kV i 400 kV" – PSE-ST.Odłączniki_uziemniki/2020 wymienionej w punkcie 4 Wymagania 3

Techniczne wobec Przedmiotu Zamówienia Części II SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia grubość powłoki cynkowej powinna wynosić minimum µm 70, średnio µm 85);

2) art. 252 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy OLMEX, która podlegała odrzuceniu zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ:

- została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń oraz - jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

co odnosi się w szczególności do wymogu Zamawiającego przedstawienia Raportów z prób typu wraz z certyfikatem potwierdzającym akredytację jednostki w tym zakresie w odniesieniu do odłączników i napędów, które powinny dotyczyć produktów, które są przedmiotem oferty. W odniesieniu do odłączników i napędów w ofercie OLMEX wskazano miejsce wykonania w fabrykach położonych na terenie Włoch (Unia Europejska), natomiast przedłożone wraz z ofertą raporty z prób typu wskazują na miejsce wykonania w dwóch różnych fabrykach w Chinach (Areva T&D Yuli (Beijing) Disconectors Co. Ltd., China oraz WHD (Areva T&D (WUX)) Disconnector Co. Ltd. China), co do których wykonawca nie wykazał ich powiązania z wskazanymi przez siebie miejscami wytwarzania na terenie Unii Europejskiej, co powoduje niepewność, co do tożsamości produktu oferowanego i objętego raportami z prób typu. Budzi to ponadto wątpliwości, co do ich prawidłowości w kontekście wymagań Zamawiającego, w tym w szczególności, aby udział produktów, w tym oprogramowania wykorzystywanego w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, przekraczał 50%;

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i brak odrzucenia oferty wykonawcy OLMEX, pomimo wystąpienia przesłanek określonych w wyżej wymienionym przepisie szczegółowo przedstawionych w ramach zarzutów opisanych powyżej;

4) art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i brak unieważnienia Postępowania, podczas gdy wszystkie złożone w Postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to:

1) uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy OLMEX (art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. b) ustawy Pzp), co umożliwi PSE zakończenie Postępowania w sposób zgodny z prawem tj. odrzucenie oferty wyżej wymienionego wykonawcy (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) i unieważnienie Postępowania (art. 255 pkt 2 ustawy Pzp);

2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego przed KIO, w wysokości wynikającej z określonych przepisów.

Uzasadniając legitymację do wniesienia odwołania HAPAM POLAND wskazał, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w ramach Postępowania i ubiegał się o udzielenie zamówienia. Odwołujący wyjaśnił, że złożona przez niego oferta została odrzucona przez Zamawiającego z uwagi na przedłożenie niepełnych środków dowodowych w zakresie „Raportów z prób typu wraz z certyfikatem potwierdzającym akredytację jednostki w tym zakresie" dla oferowanych odłączników oraz uziemników. Zdaniem HAPAM POLAND również w odniesieniu do oferty złożonej przez wykonawcę OLMEX zachodziły określone w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz pkt 5 ustawy Pzp przesłanki nakazujące odrzucenie przedmiotowej oferty przez PSE, co zostało przedstawione w uzasadnieniu odwołania, a w konsekwencji Postępowanie winno zostać unieważnione przez Zamawiającego na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. HAPAM POLAND podkreślił, że jest jednym z czołowych producentów odłączników wysokiego napięcia na świecie, a tym samym podmiotem zainteresowanym w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, którego realizacja wchodzi w zakres jego działalności.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny i orzecznictwa, w świetle art. 505 ust. 1 ustawy Pzp interes w uzyskaniu zamówienia powinien być interpretowany szeroko jako odnoszący się nie do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. Tym samym interes może być rozumiany jednolicie i niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy, podnoszonych zarzutów oraz żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania (taka wykładnia została w całości zaaprobowana i przyjęła za własną przez KIO w wyroku z dnia 23 marca 2021 r., KIO

578/21, KIO 579/21, Legalis, a następnie m.in. w wyroku z dnia 18 czerwca 2021 r., KIO 5

1299/21, Legalis oraz z w wyroku z dnia 4 lutego 2022 r., KIO 153/22, Legalis) (tak: M. Jaworska [w:] Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz 2022, wyd. 4, red. Jaworska, Beck Online Komentarze, Legalis).

Ponadto powołując się na wspomniany powyżej komentarz do ustawy Pzp HAPAM POLAND wskazał, że również we wcześniejszym orzecznictwie KIO (por. wyrok KIO z dnia 5 września 2016 r. KIO 1556/16, Legalis) wyrażany był pogląd, iż w świetle aktualnej wykładni prounijnej, w odniesieniu do art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG, należy uznać, że pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia musi być wykładane w ten sposób, iż dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, ale odpowiada definicji zamówienia publicznego, tj. umowy odpłatnej zawieranej między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Podobny pogląd wyraził TSUE w wyroku z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16, Archus sp. z o.o. i Gama J. L. v. Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (EU:C:2017:358), w uzasadnieniu którego wskazał, że w sytuacji, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 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 czym pojęcie danego zamówienia, w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG, może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. W konsekwencji w orzecznictwie krajowym coraz częściej przyjmowano szerokie ujęcie interesu, oparte na rozróżnieniu pojęć postępowania o udzielenie zamówienia i zamówienia. W wyroku z dnia 28 maja 2019 r. (KIO 873/19, Legalis) KIO wskazała, że w świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, a winno być łączone z definicją legalną zamówienia publicznego (tak też KIO w wyroku z dnia 5 listopada 2018 r., KIO 2144/18, Legalis) (tak: M. Jaworska [w:] Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz 2022, wyd. 4, red. Jaworska, Beck Online Komentarze, Legalis).

Mając na uwadze powyższe Odwołujący podkreślił, że naruszenie przepisów ustawy Pzp, jakiego dopuścił się Zamawiający, polegające na niezgodnym z prawem wyborze jako najkorzystniejszej oferty, która bezwzględnie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit. c) oraz pkt 5 ustawy Pzp, a w konsekwencji brak unieważnienia Postępowania, uniemożliwi HAPAM POLAND ubieganie się o udzielenie zamówienia i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w ewentualnym kolejnym postępowaniu, które nastąpi po unieważnieniu przedmiotowego Postępowania. Odwołujący zaznaczył, że wyeliminowanie w ten sposób możliwości udziału HAPAM POLAND w ewentualnym kolejnym postępowaniu, 6

które nastąpiłoby po unieważnieniu przedmiotowego Postępowania, naraża go na szkodę wynikającą z braku uzyskania zamówienia i braku osiągnięcia z tego tytułu określonego przychodu oraz zysku.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że oferta złożona przez wykonawcę OLMEX jest niezgodna z warunkami zamówienia, w szczególności w zakresie parametru grubości powłoki cynkowej odłączników i uziemników oraz w odniesieniu do wymogu przedstawienia Raportów z prób typu wraz z certyfikatem potwierdzającym akredytację jednostki w tym zakresie.

W nawiązaniu do niezgodności rzeczonej oferty w zakresie parametru grubości powłoki cynkowej odłączników i uziemników HAPAM POLAND podniósł, że zgodnie ze Specyfikacją Techniczną: „Odłączniki i uziemniki do sieci 110 kV, 220 kV i 400 kV" – PSE-ST.Odłączniki_uziemniki/2020 odłączniki i uziemniki miały spełniać wymagania określone m.in. w normie PN-EN ISO 1461 Powłoki ochronne nanoszone na wyroby stalowe i żeliwne metodą zanurzeniową. Wymagania i metody badań (strona 6, N.14) oraz w normie PN-EN IS0 14713-1 Powłoki cynkowe. Wytyczne i zalecenia dotyczące ochrony przed korozją konstrukcji z żeliwa i stali (strona 6, N.15). Stosownie do normy PN-EN ISO 1461 Powłoki ochronne nanoszone na wyroby stalowe i żeliwne metodą zanurzeniową. Wymagania i metody badań grubość powłoki cynkowej powinna wynosić minimum µm 70, średnio µm 85 (Tablica 3 Minimalna grubość powłok i ich masa na próbkach, które nie były odwirowane, wiersz pierwszy Stal > 6 mm, strona 10). Z kolei w normie PN-EN IS0 14713-1 Powłoki cynkowe. Wytyczne i zalecenia dotyczące ochrony przed korozją konstrukcji z żeliwa i stali znajduje się odwołanie do warunków i definicji podanych m.in. w normie ISO 1461, które znajdują zastosowanie (punkt 3 wyżej wymienionej normy). Odwołujący zaznaczył, że wykonawca OLMEX w załączniku do oferty stanowiącym wypełnione tabele danych gwarantowanych odłącznika/uziemnika (zgodnie ze Wzorem nr 7 do Części III SWZ) wskazał parametr PKW.9 grubość powłoki cynkowej na minimum µm 35, średnio µm 45. Zdaniem HAPAM POLAND powyższe stanowi dowód na to, że przedmiotowa oferta była niezgodna z wymaganiami PSE, bowiem wskazany przez wykonawcę

parametr grubości powłoki cynkowej (minimum µm 35, średnio µm 45) był niezgodny z wymaganą przez Zamawiającego normą PN-EN ISO 1461 Powłoki ochronne nanoszone na wyroby stalowe i żeliwne metodą zanurzeniową określającą grubość powłoki cynkowej na minimum µm 70, średnio µm 85, a zatem nie spełniał wymogów określonych w SWZ.

W odniesieniu do niezgodności oferty w zakresie wymogu przedstawienia Raportów z prób typu wraz z certyfikatem potwierdzającym akredytację jednostki w tym zakresie Odwołujący wskazał, że zgodnie z zapisami Rozdziału IV, ppkt 3) Części I SWZ wykonawca zobowiązany był do przedłożenia wraz z ofertą środków dowodowych potwierdzających zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami Zamawiającego w tym m.in.: „Raporty z prób 7

typu wraz z certyfikatem potwierdzającym akredytację jednostki w tym zakresie" dla oferowanych odłączników oraz uziemników. HAPAM POLAND podniósł, że wykonawca OLMEX w załączniku do oferty stanowiącym wypełnione tabele danych gwarantowanych odłącznika/uziemnika (zgodnie ze Wzorem nr 7 do Części III SWZ) wskazał, że odłączniki będą wykonane w fabryce: Grid Solutions S.p.A. - CME - Via Meucii 22, 30020 Noventa di Paive, Italia (Włochy) oraz, że napędy będą wykonane w fabryce: RO.PE Sri - Z.I. 1ª Strada, 37, 30032 Fiesso D'Artico - Venezia, Italia (Włochy) (Tabela 1.1. Gwarantowane dane znamionowe i wymagane parametry techniczne odłączników, Lp. 3 i 9). Kolejno Odwołujący podkreślił, że przedłożone przez wykonawcę OLMEX wraz z ofertą Raporty z prób typu wraz z certyfikatem potwierdzającym akredytację jednostki w tym zakresie powinny dotyczyć produktów, które są przedmiotem oferty. W odniesieniu do odłączników i napędów w ofercie wskazano miejsce wykonania w fabrykach położonych na terenie Włoch (Unia Europejska), natomiast przedłożone wraz z ofertą raporty z prób typu wskazują na miejsce wykonania w dwóch różnych fabrykach w Chinach (Areva T&D Yuli (Beijing) Disconectors Co. Ltd., China oraz WHD (Areva T&D (WUX) Disconnector Co. Ltd. China), co do których wykonawca nie wykazał ich powiązania z wskazanymi przez siebie miejscami wytwarzania na terenie Unii Europejskiej, co powoduje niepewność, co do tożsamości produktu oferowanego i objętego raportami z prób typu. Budzi to ponadto wątpliwości, co do ich prawidłowości w kontekście wymagań Zamawiającego, w tym w szczególności, aby udział produktów, w tym oprogramowania wykorzystywanego w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, przekraczał 50%. W ocenie HAPAM POLAND uwzględniając powyższe uzasadnione jest twierdzenie, że oferta wykonawcy OLMEX jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ, ponieważ wykonawca nie złożył odpowiednich środków dowodowych w postaci raportów z prób typu wraz z certyfikatem potwierdzającym akredytację jednostki w tym zakresie.

W złożonej pismem z 20 kwietnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na to, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony – w przedmiotowym przypadku podmiot, który utracił status wykonawcy a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku, o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

14 kwietnia 2023 r. do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Badawczo-Wdrożeniowe „OLMEX" S.A. z siedzibą w Wójtowie (dalej: „Przystępujący").

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu posiedzenia i rozprawy ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp, w szczególności nie zaistniała podstawa wskazana w pkt 2 wyżej wymienionego przepisu. Przepis art. 528 ustawy Pzp zawiera zamknięty katalog przesłanek formalnych odrzucenia odwołania, czyli okoliczności, których istnienie lub nieistnienie decyduje o możliwości rozpoznania w określonym postępowaniu danej sprawy. Brak spełnienia którejkolwiek przesłanki formalnej z art. 528 ustawy Pzp uniemożliwia zatem merytoryczne rozpoznanie środka odwoławczego i skutkuje jego odrzuceniem.

Odnosząc się szczegółowo do okoliczności uzasadniającej odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp Izba zauważa, że ustawodawca określił krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Są to wykonawcy, uczestnicy konkursu, a także inne podmioty, jeżeli mają lub mieli interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz ponieśli lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Ponadto podmiotami

uprawnionymi, ale jedynie w przypadku wnoszenia odwołania wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia, będą organizacje wpisane na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy Pzp oraz Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców. Niewątpliwie uprawnionymi do wniesienia odwołania mogą być wyłącznie podmioty wskazane w wyżej wymienionym przepisie, w tym w szczególności wykonawca, którego definicję legalną ustawodawca zawarł w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp. Za wykonawcę należy uznać osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga, że krąg podmiotów posiadających status wykonawcy ulega zawężeniu wraz z przebiegiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na etapie poprzedzającym składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu będzie on faktycznie przysługiwał każdemu, kto z racji oferowania na rynku wykonania robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawy produktów bądź świadczenia usług, będzie potencjalnie zainteresowany postępowaniem, natomiast już po upływie terminu składania ofert lub 9

wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu będzie on przysługiwał wyłącznie tym, którzy owe oferty lub wnioski złożyli (zob. P. Wójcik [w:] Gawrońska-Baran Andrzela i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX 2022). Podobnie podmiot, który wycofał złożoną ofertę przed upływem terminu składania ofert (art. 219 ust. 2 ustawy Pzp), również traci status wykonawcy. Ponadto w sytuacji gdy dany wykonawca brał udział w postępowaniu, ale został z udziału w tym postępowaniu nieodwracalnie wykluczony lub jego oferta została odrzucona (gdy minął już termin na wniesienie odwołania na czynność wykluczenia lub odrzucenia bądź gdy wykluczenie lub odrzucenie poparte zostało wyrokiem KIO, od którego nie została wniesiona skarga do sądu zamówień publicznych albo w sytuacji gdy sąd ten oddalił skargę na wyrok KIO uznając za prawidłowe rozstrzygnięcie Izby w przedmiocie wykluczenia lub odrzucenia oferty wykonawcy), również zostanie potraktowany jako nieuprawniony do wniesienia odwołania na dalsze czynności zamawiającego. Powyższe znajduje potwierdzenie w brzmieniu art. 2a ust. 2 zdanie 2 Dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (89/665/EWG) (Dz.Urz.UE.L 1989 Nr 395, str. 33 ze zm., dalej: „dyrektywa 89/665/EWG"), zgodnie z którym „Oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania". Nie ulega zatem wątpliwości, że status wykonawcy wiąże się przede wszystkim z czynnym uczestnictwem podmiotu w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia. Mając na uwadze brzmienie przywołanych powyżej przepisów zasadnym jest stwierdzenie, że do wniesienia odwołania uprawniony jest podmiot, który w objętym odwołaniem postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w chwili składania rzeczonego środka ochrony prawnej, jest wykonawcą – aktywnym uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z kolei za podmiot nieuprawniony do wniesienia odwołania można uznać m.in. podmiot, który status wykonawcy utracił na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba wskazuje, że w rozpoznawanych okolicznościach faktycznych mamy do czynienia z sytuacją, gdy wnosząc przedmiotowe odwołanie HAPAM POLAND formalnie był aktywnym uczestnikiem postępowania tj. wykonawcą, któremu termin na zaskarżenie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty z Postępowania upływał z końcem dnia 7 kwietnia 2023 r. Jak bowiem wynika z dokumentacji z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w Postępowaniu złożono dwie oferty. O wyniku Postępowania, 10

PSE, zgodnie z treścią art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, równocześnie poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu, o wyborze oferty najkorzystniejszej – wykonawcy OLMEX i o wykonawcy, którego oferta została odrzucona – oferta HAPAM POLAND. Informacja ta została przekazana wykonawcom 28 marca 2023 r. W związku z powyższym Odwołujący w momencie wniesienia rozpoznawanego odwołania (data i godzina wpływu to 7 kwietnia 2023 r. godz. 12:00) w dalszym ciągu brał udział w Postępowaniu, gdyż jego oferta nie została jeszcze prawomocnie odrzucona. Innymi słowy czynność PSE polegająca na odrzuceniu oferty HAPAM POLAND nie miała charakteru ostatecznego, ponieważ mogła ona jeszcze podlegać procedurze odwołania, której termin upływał z końcem dnia 7 kwietnia 2023 r. Powyższe znajduje również potwierdzenie w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy, gdyż z treści odwołania nie sposób wysnuć jednoznacznego wniosku, iż HAPAM POLAND zrezygnował już z kwestionowania czynności odrzucenia jego oferty. Przedstawione omówienie pozwala na przyjęcie, że od tego, czy dany podmiot wypełnia definicję wykonawcy zawartą w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, uzależniony jest – na różnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia – zakres jego uprawnień, w tym odnoszący się do skutecznego wnoszenia odwołania. Mając na uwadze wskazane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała, że nie zaistniała przesłanka od odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 2 ustawy Pzp i w związku z tym postanowiła oddalić wnioski Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania na tej podstawie.

Należy zaznaczyć, że w doktrynie wyrażany jest ugruntowany pogląd, zgodnie z którym przepis art. 528 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie przesłanek procesowych, a więc okoliczności warunkujących merytoryczne rozpoznanie sprawy. Nie należy do nich legitymacja procesowa czynna, która jest przesłanką zasadności środka ochrony prawnej (tak: Jerzykowski Jarosław, Odwołanie i skarga w zamówieniach publicznych. Artykuły 505590 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, LEX; por. J. Jarosław [w:] Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, LEX). Artykuł 505 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje zatem okoliczności uzasadniające poszukiwanie ochrony prawnej w drodze środków odwoławczych, które mają charakter przesłanek materialnoprawnych. Ich zaistnienie nie wpływa na możność wszczęcia procedur odwoławczych, lecz warunkuje uwzględnienie wniesionego środka ochrony prawnej.

Biorąc pod uwagę powyższe, rozpatrując odwołanie, Izba zobowiązana była ustalić, czy zostały spełnione przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. czy podmiotowi wnoszącemu odwołanie przysługuje legitymacja procesowa do wniesienia odwołania. Brak takiej legitymacji po stronie odwołującego, prowadzi do ustalenia niedopuszczalności wniesienia odwołania i skutkuje koniecznością jego oddalenia, gdyż stwierdzenie niewykazania przesłanek materialnoprawnych 11

warunkujących korzystanie ze środków ochrony prawnej skutkuje oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu. Zatem istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy są warunkami, których łączne spełnienie jest niezbędne do przystąpienia do rozpoznawania odwołania, czyli merytorycznej oceny zarzutów w nim podniesionych. Innymi słowy, zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej (w tym wypadku odwołania) ma tylko ten podmiot, który wykaże po pierwsze interes w uzyskaniu zamówienia, a po drugie możliwość poniesienia szkody.

Zamawiający w dniu 28 marca 2023 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz pkt 5 ustawy Pzp tj. ponieważ: „została złożona przez Wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia (…) przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń" oraz „jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia". W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty HAPAM POLAND Zamawiający wskazał, co następuje: „Zgodnie z zapisami Rozdz. IV pkt 1, ppkt 3) Części I SWZ Wykonawca zobowiązany był do przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami Zamawiającego w tym m.in.: „Raporty z prób typu wraz z certyfikatem potwierdzającym akredytację jednostki w tym zakresie" dla oferowanych odłączników oraz uziemników. a) Dla uziemników ASB-420 Wykonawca zobowiązany był przedłożyć w ofercie raporty z prób typu. Wykonawca przedłożył w ofercie „raport asb420-short_circuit_-369-06.pdf", ale niepełny - załączono tylko część stron. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego nie przedłożył całego raportu z prób typu uziemnika ASB - 420. b) Dla odłączników VSSB-AM-420 oraz VSSB-2AM-420, Wykonawca w ofercie nie przedłożył certyfikatów akredytacji wszystkich laboratoriów, wykonujących próby typu przedmiotowych odłączników. Wykonawca, na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia przedmiotowych certyfikatów, nie przedłożył certyfikatów potwierdzających akredytację jednostek wykonujących próby typu odłączników tj. Delf University of Technology, HAPAM oraz Prof. Ir. Damsta Laboratory". Jest bezsporne, że oferta Odwołującego, powyższą czynnością PSE została odrzucona. Odwołujący nie zakwestionował wyżej wymienionego rozstrzygnięcia tj. nie skorzystał z przysługującego mu prawa do zaskarżenia czynności Zamawiającego w zakresie w jakim odnosiła się ona do odrzucenia jego oferty ani w rozpoznawanym odwołaniu ani poprzez złożenie odrębnego odwołania. Potwierdził to sam Odwołujący w trakcie posiedzenia.

W związku z powyższym, na dzień rozpoznania przedmiotowej sprawy odwoławczej, czynność PSE polegająca na odrzuceniu oferty HAPAM POLAND z Postępowania stała się prawnie wiążąca i ma charakter ostateczny, wobec czego Odwołujący nie bierze już udziału w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia. Mamy więc 12

do czynienia z sytuacją, gdy wnosząc przedmiotowe odwołanie Odwołujący formalnie był uczestnikiem postępowania, ale w wyniku zaniechania zaskarżenia tej czynności w przewidzianym terminie, na moment rozpoznania tego odwołania ostatecznie utracił status wykonawcy. Oznacza to, że nie zaistniała przesłanka do odrzucenia odwołania, ale jednocześnie nie została również spełniona przesłanka materialnoprawna wniesienia odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Istotne i przesądzające w przedmiotowej sprawie jest bowiem to, że Odwołujący, w tej sprawie odwoławczej zaskarżył czynność Zamawiającego z dnia 28 marca 2023 r. tylko w takim zakresie w jakim odnosiła się ona do wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, formułując dodatkowo zarzut naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując tym samym, że odwołanie to zmierza do unieważnienia Postępowania oraz formułując w tym zakresie odpowiednie żądanie, a zaniechał jednoczesnego zaskarżenia tej czynności w zakresie w jakim odnosi się ona do odrzucenia jego oferty (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 października 2022 r. o sygn. akt KIO 2513/22).

W ocenie składu orzekającego przywołane ustalenia musiały być brane pod uwagę przy orzekaniu w przedmiocie odwołania z dnia 7 kwietnia 2023 r. W tej sprawie, w związku z uprawomocnieniem się czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 28 marca 2023 r., aktualny stan rzeczy jest taki, że HAPAM POLNAD został prawomocnie wyeliminowanym z Postępowania. Należy podkreślić, że zgodnie z art. 552 ustawy Pzp „Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego". Innymi słowy, podstawą wydania wyroku w postępowaniu odwoławczym jest stan rzeczy ustalony w toku tego postępowania, a więc zarówno okoliczności faktyczne sprawy jaki i przepisy prawa, na podstawie których ma być wydane rozstrzygnięcie. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia, co skład orzekający jest zobowiązany uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie. Rolą art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, podobnie jak przy interpretacji art. 316 § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.) (gdzie sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy), jest więc uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wobec tego, skoro Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, zobowiązana jest również uwzględnić okoliczności, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu, do czasu zamknięcia rozprawy. W niniejszej sprawie HAPAM POLAND nie zakwestionował w przewidzianym terminie zasadności odrzucenia jego oferty, w konsekwencji czego dobrowolnie zrezygnował ze swojego statusu aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, w stanie faktycznym zaistniałym w rozpoznawanej sprawie Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał posiadania legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, wymaganej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze brzmienie przywołanego przepisu, zdaniem składu orzekającego, na gruncie rozpoznawanej sprawy nie sposób przypisać Odwołującemu, który nie kwestionował odrzucenia swojej oferty, posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia. Skład orzekający nie przeczy, iż na kanwie aktualnie obowiązującej ustawy Pzp wyrażane jest stanowisko, zgodnie z którym interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp należy interpretować szeroko, jako odnoszący się nie tylko do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone, jednak – w ocenie Izby – nie oznacza to, że interes taki posiada wykonawca, który nie podejmuje próby obrony swojej oferty, a wniesionym środkiem ochrony prawnej zmierza jedynie do podważenia prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej i w konsekwencji do unieważnienia konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia należy zatem rozpatrywać w odniesieniu do okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Jak bowiem wskazał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE") w wyroku z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus sp. z o.o. i Gama J. L. v.

Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. „(…) Dyrektywę Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującą 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, zmienioną dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 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 czym pojęcie „danego zamówienia" w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (…)". Taka sytuacja jak w przywołanym powyżej wyroku TSUE nie ma jednak miejsca w tej sprawie odwoławczej, gdyż jak wskazano wcześniej, Odwołujący nie zaskarżył decyzji PSE z dnia 28 marca 2023 r. w zakresie w jakim odnosi się ona do odrzucenia oferty HAPAM POLAND a jedynie odnośnie wyboru jako najkorzystniejszej oferty

OLMEX i jest to istotna okoliczność przesądzająca o utracie interesu w uzyskaniu zamówienia przez Odwołującego.

Znamienne jest również to, że powodem odrzucenia oferty Odwołującego było zaniechanie przedłożenia na wezwanie Zamawiającego w zakresie przedmiotowych środków dowodowych brakujących stron raportu oraz certyfikatów potwierdzających akredytację. W związku z powyższym PSE odrzucił ofertę HAPAM POLAND na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz pkt 5 ustawy Pzp, jednak Odwołujący nie zakwestionował zasadności odrzucenia jego oferty. W tym miejscu Izba wskazuje, że drugim elementem koniecznym do ustalenia dopuszczalności korzystania ze środków ochrony prawnej jest okoliczność, czy Odwołujący mógł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Szkoda, która co do zasady przyjmuje charakter szkody majątkowej, powinna być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, zatem między naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a szkodą powinien istnieć związek przyczynowy. W ocenie Izby, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia, nie na skutek niezgodnych z prawem działań PSE, lecz w wyniku własnej niestaranności nie tylko przy przygotowywaniu oferty (z uwagi na wymagane w Postępowaniu przedmiotowe środki dowodowe), efektem czego było odrzucenie tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz pkt 5 ustawy Pzp, ale również na skutek niezakwestionowania tej czynności – HAPAM POLAND nie wniósł w tym zakresie odwołania celem weryfikacji prawidłowości decyzji o odrzuceniu jego oferty.

Mając na uwadze powyższe rozważania skład orzekający odsyła do stanowiska Izby wyrażonego w wyroku z dnia 17 maja 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 840/18, gdzie omówiono orzecznictwo TSUE odnoszące się do kwestii legitymacji do wniesienia odwołania. KIO w wyżej wymienionym wyroku wskazała, co następuje: „W ocenie Izby, w niniejszym stanie faktycznym nie znajdzie zastosowania pojęcie „danego zamówienia" sformułowane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) na gruncie orzeczenia z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama. W przedmiotowym orzeczeniu TSUE wskazał, że pojęcie „danego zamówienia" może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podkreślając jednocześnie okoliczności faktyczne i prawne w jakich zdefiniował to pojęcie, a które są znacząco odmienne od zaistniałych na gruncie niniejszej sprawy. Orzeczenie to zostało wydane bowiem w sytuacji, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, wówczas Trybunał uznał, iż odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta i w związku z taką sytuacją zdefiniował pojęcie „danego zamówienia". Szeroką wykładnię interesu 15

w uzyskaniu danego zamówienia TSUE przyjął również w wyrokach wydanych w sprawach C-100/12 Fastweb (wyrok z dn. 4 lipca 2013 r.) oraz C-689/13 PFE (wyrok z dn. 5 kwietnia 2016 r.) dotyczących zasad rozpatrywania odwołań wzajemnych, jednakże każdorazowo orzeczenia te dotyczyły podmiotów, wobec których decyzja o wykluczeniu lub odrzuceniu nie była ostateczna – różnicę tę podkreślił TSUE w motywie 33 wyroku z dn. 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich. Powyższe, potwierdza, że interes w uzyskaniu danego zamówienia należy rozważać w związku z sytuacją podmiotu wnoszącego odwołanie, a nie w kontekście działań pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. W orzeczeniach przywołanych powyżej, skutek w postaci ewentualnego unieważnienia postępowania, stanowił swego rodzaju konsekwencję przyznania legitymacji procesowej każdemu z podmiotów wnoszących odwołanie, a nie był aprobowanym celem samym w sobie. Z ww. wyroków w sprawach C-131/16, C-100/12 czy też C-689/13 nie można wywodzić, że interes w uzyskaniu zamówienia jest tożsamy z celem polegającym na unieważnieniu postępowania, do którego dąży Odwołujący w niniejszej sprawie. TSUE w przywołanym już wyroku C-355/15 Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich orzekł, iż art. 1 ust. 3 ww. dyrektywy Rady 89/665/EWG „należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna była zostać odrzucona." Podobną tezę, zawarł również w motywie 57 wyroku w sprawie C-131/16 Archus et Gama, odnosząc się do ww. wyroku C-355/15 i „że oferentowi, którego oferta została wykluczona przez instytucję zamawiającą z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, jednak decyzja o wykluczeniu wspomnianego oferenta została utrzymana w mocy orzeczeniem, które nabrało powagi rzeczy osądzonej, zanim sąd, do którego zaskarżono decyzję o udzieleniu zamówienia, wydał orzeczenie, w związku z czym oferenta tego należało uważać za ostatecznie wykluczonego z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego"."

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na jedno z ostatnich orzeczeń TSUE tj. wyrok z dnia 9 lutego 2023 r. wydany w sprawie C-53/22, który – w ocenie składu orzekającego – ma istotne znaczenie również w odniesieniu do zamówień

udzielanych na podstawie ustawy Pzp. Z treści uzasadnienia przywołanego powyżej wyroku wypływa bowiem wniosek, zgodnie z którym oferentowi, który został ostatecznie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia, można odmówić możliwości wniesienia skargi na decyzję 16

o udzieleniu zamówienia lub na odmowę zmiany tej decyzji przez instytucję zamawiającą, nawet jeśli pozostali oferenci występujący w ramach tego zamówienia uczestniczą w porozumieniu stanowiącym naruszenie reguł konkurencji.

W rzeczonym wyroku TSUE wskazał, że zgodnie z art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych w ramach szczegółowych przepisów, które mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku podnoszonego naruszenia prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub krajowych przepisów transponujących to prawo (wyrok TSUE z dnia 28 listopada 2018 r. Amt Azienda Trasporti e Mobilità i in., C-328/17). Zatem państwa członkowskie nie są zobowiązane do udostępnienia tych procedur dla każdego, kto chce uzyskać zamówienie publiczne, tylko mogą wymagać, by chodziło o podmiot, który poniósł szkodę lub któremu grozi poniesienie szkody z racji podnoszonego naruszenia (wyrok z dnia 28 listopada 2018 r. Amt Azienda Trasporti e Mobilità i in., C-328/17).

TSUE poddając wszechstronnej i wnikliwej analizie wcześniejsze orzecznictwo Trybunału, stwierdził, że wykonawca, który nie złożył oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ nie spełniał przewidzianego w ogłoszeniu o przetargu warunku udziału, i którego skarga kwestionująca ten warunek została oddalona prawomocnym orzeczeniem przed wydaniem decyzji o udzieleniu zamówienia, nie ma statusu „podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia" w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG. Jednocześnie „okoliczność, że w międzyczasie wykonawca ten podjął niezbędne działania w celu spełnienia warunku postawionego w odnośnym ogłoszeniu o przetargu, tak że w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, w którym nie mógł on uczestniczyć, i zorganizowania ponownego postępowania w oparciu o te same wymogi mógłby on złożyć ofertę i uzyskać odnośne zamówienie" TSUE uznał za irrelewantną dla wykazania spełniania przesłanek materialnoprawnych korzystania z procedur odwoławczych.

W komentowanym wyroku Trybunał stwierdził, że sytuacja wykonawcy, który nie złożył oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ nie spełniał jednego z warunków udziału, i którego skargę kwestionującą zgodność z prawem tego warunku oddalono prawomocnym orzeczeniem przed wydaniem decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego, nie różni się co do istoty pod względem jego ostatecznego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia od sytuacji oferenta wykluczonego ostatecznie z udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665/EWG.

Przenosząc powyższe rozważania TSUE na grunt regulacji krajowych zasadnym jest przyjęcie, że nie można uznać, iż wykonawca, który nie złożył oferty w postępowaniu wraz 17

z upływem terminu ich składania, wchodzi w zakres pojęcia „podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia" w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG (zob. art. 505 ust. 1 ustawy Pzp). Co istotne, na sytuację takiego wykonawcy nie ma wpływu okoliczność, iż wszyscy pozostali oferenci uczestniczyli w porozumieniu stanowiącym naruszenie reguł konkurencji, na podstawie której wykonawca dąży do unieważnienia postępowania i wszczęcia nowej procedury. Analogicznie wykonawca, którego oferta została odrzucona, i który nie zakwestionował tej decyzji poprzez wniesienie odwołania, po upływie terminu na jego wniesienie utraci legitymację procesową do zaskarżenia decyzji o udzieleniu zamówienia z uwagi na ostateczne i nieodwracalne wyeliminowanie jego oferty.

W ocenie Izby powyższe szczegółowe omówienie wyroków TSUE znajduje zastosowanie również do stanu faktycznego zaistniałego w rozpoznawanej sprawie. Jak już wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, w tym Postępowaniu Zamawiający jednocześnie poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze jako najkorzystniejszej oferty drugiego oferenta. Istotne w sprawie jest to, że HAPAM POLAND zaskarżył czynność PSE z dnia 28 marca 2023 r. tylko w zakresie w jakim odnosiła się ona do wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy OLMEX, wnosząc jednocześnie o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący nie odwołał się jednak od czynności Zamawiającego w zakresie w jakim dotyczyła ona odrzucenia jego oferty. Tym samym na dzień rozpoznania niniejszej sprawy oferta HAPAM POLAND jest ostatecznie odrzucona, co Izba była zobowiązana wziąć pod uwagę przy rozpoznaniu tego odwołania. W nawiązaniu do wskazanego powyżej orzecznictwa TSUE, stwierdzić więc należy, że wykonawca, którego oferta została ostatecznie odrzucona, zarówno na gruncie przepisów krajowych jak i europejskich, nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia zarzucanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, dotyczących oceny przez Zamawiającego innej oferty.

Wobec poczynionego ustalenia co do braku wykazania spełniania przesłanek materialnoprawnych korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 505 ust.1 ustawy Pzp, odwołanie zostało oddalone bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w tym odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący: ……..……..