Sygn. akt: KIO 3777/23

WYROK

z dnia 3 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2023 r. przez Odwołującego Alfavox Software sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego – Ministerstwo Cyfryzacji,

przy udziale wykonawcy Trafford IT Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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 3777/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Ministerstwo Cyfryzacji, ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa, prowadzi

w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Zakup dostępu do platformy Cyber Threat Intelligence na poziom operacyjny”, numer referencyjny: PN-17/C/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27.09.2023 r., nr 2023/S 186-581359.

Dnia 17 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca Alfavox Software sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w ww. postępowaniu, polegających na niezgodnej z przepisami PZP czynności Zamawiającego w postaci zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Trafford IT sp. z o.o. sp. k. i w konsekwencji bezzasadnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Trafford IT sp. z o.o. sp. k..

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP, poprzez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty Trafford IT sp. z o.o. sp.k., w sytuacji gdy podmiot ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, a w tym należytego wykonania usług stanowiących przedmiot doświadczenia, którym legitymuje się ten podmiot;

2) art. 239 ust. 1 oraz ust. 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP, poprzez bezpodstawny wybór jako najkorzystniejszej oferty Trafford IT sp. z o.o. sp. k., podczas gdy podmiot ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

W związku z powyższym żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności z dnia 8 grudnia 2023 r. w postaci wyboru jako najkorzystniejszej oferty Trafford IT sp. z o.o. sp.k.

2. odrzucenie oferty Trafford IT sp. z o.o. sp.k.

3. powtórzenie badania i oceny ofert z pominięciem oferty Trafford IT sp. z o.o. sp.k.

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania w pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że stosownie do art. 505 ust. 1 PZP, spełnia materialnoprawne przesłanki do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej. Odwołujący jest dostawcą zaawansowanych systemów oraz rozwiązań informatycznych, zdolnym do należytej realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący złożył w Postępowaniu ofertę, która nie podlega odrzuceniu i w konsekwencji powinna zostać najwyżej oceniona, ponieważ posiada najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert, tj. zaoferował najniższą

cenę za realizację zamówienia, oraz parametr, dzięki któremu powinien uzyskać maksymalną liczbę punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert.

Odwołujący wskazał ponadto, iż jego oferta została w sposób bezpodstawny odrzucona przez Zamawiającego, jednakże czynność ta stanowi przedmiot zaskarżenia w innej sprawie zawisłej przed Krajową Izbą Odwoławczą, tj. w sprawie o sygn. akt: KIO 3584/23. Zaistniały stan rzeczy jest rezultatem tego, iż Zamawiający w dniu 17 listopada 2023 r. poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego, oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Trafford IT sp. z o.o. sp.k. Odwołaniem z dnia 27 listopada 2023 r. Odwołujący zaskarżył obie ww. czynności tj. bezpodstawne odrzucenie jego oferty, oraz brak podstaw do wyboru oferty Trafford IT sp. z o.o. sp. k., który to nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Dnia 5 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Trafford IT sp. z o.o. sp.k., co de facto stanowiło częściowe uwzględnienie odwołania, Zamawiający zastrzegł jednak wyraźnie, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 17 listopada 2023 r. pozostaje w mocy.

Ze względu na taki sposób działania, celem ochrony swoich praw, Odwołujący zmuszony jest wnieść i popierać dwa odwołania, tj. na czynność odrzucenia jego oferty z dnia 17 listopada 2023 r. oraz dokonaną w dniu 8 grudnia 2023 r. nową czynność wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Trafford IT sp. z o.o. sp.k.

Wskutek bezprawnych działań Zamawiającego, Odwołujący (w postaci najpierw bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, która to czynność nie jest jeszcze prawomocna wskutek zaskarżenia tej czynności przez Odwołującego, a następnie bezzasadnego ponownego wyboru oferty Trafford IT sp. z o.o. sp.k.) poniesie znaczną szkodę, ponieważ Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia oraz zysku z tytułu jego realizacji, kosztem wyboru Trafford IT sp. z o.o. sp.k., które nie wykazało posiadania doświadczenia niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Jak wynika więc z powyższego spełnione są materialnoprawne przesłanki do złożenia odwołania ponieważ Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku bezprawnego działania Zamawiającego.

W dalszej kolejności Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy oraz przedstawił argumentację faktyczną i prawną w zakresie co do zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W dniu 20 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o odrzucenie Odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 PZP z uwagi na to, że Odwołujący utracił legitymację do żądania unieważnienia czynności wyboru a zatem jest ono bezzasadne i pozbawione podstaw prawnych.

Dnia 21 grudnia 2023 r. Odwołujący wniósł replikę wobec wniosku Zamawiającego wskazując na jego bezpodstawność. Odwołujący wskazał, że był podmiotem w pełni uprawnionym do wniesienia odwołania w dniu 17 grudnia 2023 r. i spełnia materialnoprawne przesłanki wniesienia odwołania wynikające z art. 505 PZP, co zostało ujęte w samym odwołaniu. Dodatkowo

przedstawiono szeroką argumentację na poparcie przedstawianego stanowiska.

W dniu 28 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił ponownie o odrzucenie Odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 PZP, a w dalszej kolejności o oddalenie zarzutów odwołania jako bezzasadnych.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego w dniu 21 grudnia 2023 r. zgłosił wykonawca Trafford IT sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie, który wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 p.z.p. W ocenie wykonawcy zgłaszającego przystąpienie w świetle wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3584/23, w którym Izba oddaliła odwołanie, utrzymując w mocy czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. w jego ocenie w Odwołujący utracił status wykonawcy

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

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawca Trafford IT sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie (dalej „Przystępujący") do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba w zakresie stanu faktycznego ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Ministerstwo Cyfryzacji, ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa, prowadzi

w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Zakup dostępu do platformy Cyber Threat Intelligence na poziom operacyjny", numer referencyjny: PN-17/C/2023 (dalej „Postępowanie").

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 11.10.2023 r. Zamawiający poinformował, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia to 19 209 645,48,00 zł brutto

W toku postępowania oferty złożyło czterech wykonawców:

I Apius Technologies S.A. – 19 200 000,00 zł brutto;

II Trecom Enterprise Solutions sp. z o.o. – 22 939 500,00 zł brutto;

III Trafford IT sp. z o.o. sp. k. (Przystępujący) – 18 920 000,00 zł brutto;

IV Alfavox Software sp. z o.o. (Odwołujący) – 13 012 468,93 zł brutto.

Każdy z wykonawców w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert zaoferował wariant, za który przysługuje maksymalna liczba punktów, w postaci 2 dni roboczych na udostępnienie oferowanego systemu.

W dniu 17.11.2023 r. Zamawiający poinformował, że jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Przystępującego. Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty

Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) pzp, wskazując że z przeprowadzonej analizy oraz ustaleń wynika, że zaoferowany przez Odwołującego System SOCRadar nie odpowiada w pełni wymogom wynikającym z opisu przedmiotu zamówienia i co za tym idzie nie zapewnia jego realizacji w całości zgodnie z wymogami Zmawiającego.

W dniu 27.11.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie (sprawie została nadana sygnatura akt KIO 3584/23), w którym Odwołujący w niniejszej sprawie zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, w szczególności ze względu na interpretację przez Zamawiającego warunków zamówienia w sposób skrajnie naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania oraz proporcjonalności, podczas gdy Odwołujący zaoferował świadczenie w pełni zgodne z wyraźnie wyartykułowanymi warunkami zamówienia,

2) art. 239 ust. 1 oraz ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez bezpodstawny wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, podczas gdy podmiot ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu (w zakresie doświadczenia), a ponadto oferta tego podmiotu nie posiada najkorzystniejszego bilansu punktowego w ramach kryteriów oceny ofert, ponieważ najkorzystniejszy bilans ceny oraz pozacenowego kryterium oceny ofert posiada bezzasadnie odrzucona oferta Odwołującego.

W dniu 5 grudnia 2023 r. Zamawiający na podstawie art 16 i 17 Pzp, Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej 17.11.2023 r. oraz zawiadamia o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu, złożonych w przedmiotowym postępowaniu, zmierzających do wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie Zamawiający zawiadomił, że podtrzymuje w mocy czynność odrzucenia oferty Odwołującego dokonaną 17.11.2023 r. i nie unieważnia jej. Zamawiający wskazał, że podejmując powyższą decyzje opiera się na podstawowych zasadach udzielania zamówień publicznych oraz na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym: "W ocenie Izby Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. (...) Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsiębranych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami ustawy Pzp".

Dnia 6 grudnia Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 do złożenia nowego wykazu usług (załącznik nr 7 do SWZ) potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V ust. 1 pkt. 1.4 SWZ oraz załączenie dowodów

określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Przystępujący z odpowiedzią z dnia 7 grudnia 2023 r. złożył uzupełniony wykaz wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług.

Dnia 8 grudnia 2023 r. poinformował, że jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Przystępującego. W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty dodano wzmiankę, o treści Ponadto Zamawiający informuje, że oferta złożona przez Wykonawcę Alfavox Software sp. z o.o. została odrzucona w dniu 17.11.2023 r.

W dniu 17 grudnia 2023 r. Odwołujący wniósł niniejsze odwołanie (sygn. akt KIO 3777/23)., w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP, poprzez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty Trafford IT sp. z o.o. sp.k., w sytuacji gdy podmiot ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, a w tym należytego wykonania usług stanowiących przedmiot doświadczenia, którym legitymuje się ten podmiot;

2) art. 239 ust. 1 oraz ust. 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP, poprzez bezpodstawny wybór jako najkorzystniejszej oferty Trafford IT sp. z o.o. sp. k., podczas gdy podmiot ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

W wyroku z dnia 19 grudnia 2023 r. w sprawie o sygn. KIO 3584/23 Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 (tj. czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego) z uwagi na jego zbędność. Izba wskazała, że unieważnienie przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oznacza, że przestała istnieć czynność, wobec której odwołanie zostało wniesione w zakresie zarzutu nr 2. Tym samym w tymże zakresie nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy Zamawiający dokonując wyboru oferty Przystępującego dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy nie. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia (w tym wypadku: czynność wyboru najkorzystniejszej oferty) nie istnieje. Jednocześnie Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu dot. odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Izba zważyła co następuje:

W ustalonym stanie faktycznym sprawy Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp. Izba uznała w szczególności, 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.

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 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. Ochrona prawna przysługuje tylko takiemu uczestnikowi postępowania o udzielenie zamówienia, który nie został z tego postępowania prawomocnie wyeliminowany. Czynne działanie Odwołującego w zakresie obrony własnej oferty ma kluczowe znaczenie dla oceny, czy może on skutecznie kwestionować pozostałe decyzje instytucji zamawiającej. 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. Analogiczne stanowisko prezentowała Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. w postanowieniach z dnia 18 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 93/23, z dnia 6 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1866/21, z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 327/22 czy też Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 10/21.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba wskazuje, że w rozpoznawanych okolicznościach faktycznych mamy do czynienia z sytuacją, gdy wnosząc przedmiotowe odwołanie Odwołujący formalnie był aktywnym uczestnikiem postępowania tj. wykonawcą. Jak bowiem wynika z dokumentacji z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący w dniu 27 listopada 2023 r. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego (sprawa o sygn. akt KIO 3584/23).

W związku z powyższym Odwołujący w momencie wniesienia rozpoznawanego odwołania (tj. 17 grudnia 2023 r.) w dalszym ciągu brał udział w postępowaniu, gdyż jego oferta nie została jeszcze prawomocnie odrzucona. Innymi słowy czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego nie miała charakteru ostatecznego, ponieważ podlegała procedurze odwołania, w ramach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3584/23 w której wyrok zapadł dnia 19 grudnia 2023 r.).Tym samym jednoznacznie wynika, iż Odwołujący w określonym przepisami terminie kwestionował czynność odrzucenia jego oferty. 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, 8

Odwołanie i skarga w zamówieniach publicznych. Artykuły 505-590 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 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.

W ocenie Izby mając na uwadze okoliczności faktyczne w przedmiotowej sprawie oraz treść zarzutów objętych niniejszym odwołaniem należy stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał jednej z materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności wniesienia odwołania określonych w art. 505 ust. 1 ustawy tj. poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy.

Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2022 r. sygn. akt 427/22 zgodnie z którym 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, zaś 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.

Tymczasem Odwołujący zarówno w treści odwołania, jak również w toku całego postępowania odwoławczego nie określił związku pomiędzy podnoszonymi w odwołaniu naruszeniami przepisów ustawy przez Zamawiającego a poniesieniem lub możliwością poniesienia przez niego szkody.

Podnoszone we wnoszonym odwołaniu naruszenie przepisów ustawy pzp musi bowiem mieć wpływ na sytuację odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przez to naruszenie pozbawia się możliwości uzyskania zamówienia. Natomiast samo podnoszenie zarzutu jest nie wystarczające bez wykazania wpływu na konkretną sytuację odwołującego, który to wpływ w konsekwencji naraża na poniesienie przez odwołującego szkody.

Tej okoliczności Odwołujący nie wykazał poprzez odniesienie przywoływanych naruszeń przepisów do swojej sytuacji

faktycznej i prawnej. Odwołujący zawarł jedynie lakoniczne stwierdzenie, iż wskutek bezprawnych działań Zamawiającego (w postaci najpierw bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, która to czynność została zaskarżona w odwołaniu o sygn. KIO 3584/23, a następnie bezzasadnego ponownego wyboru oferty Przystępującego.) poniesie znaczną szkodę, ponieważ został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia oraz zysku z tytułu jego realizacji, kosztem wyboru Przystępującego który nie wykazał posiadania doświadczenia niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia. Izba pragnie w tym miejscu wskazać, że przedmiotem zarzutów rozpoznawanego w niniejszym postępowaniu odwołania było wyłącznie naruszenie przez Zamawiającego przepisów w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego i bezpodstawne dokonanie ponownego wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący nie odniósł podnoszonych naruszeń do własnej sytuacji, nie wskazał w jaki sposób naruszenia te oddziaływały na jego pozycję w postępowaniu.

Skład orzekający ma świadomość, iż zasadnicze znaczenie dla sytuacji Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia mają kwestie będące przedmiotem rozstrzygania w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 3584/23 tj. kwestia zasadności odrzucenia oferty Odwołującego dokonanej dnia 17 listopada 2023 r. Jednakże Odwołujący decydując się na wniesienie kolejnego środka ochrony prawnej wobec dalszych czynności Zamawiającego podejmowanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia winien wykazać w jaki sposób działania lub zaniechania Zamawiającego których dotyczą podnoszone w niniejszym odwołaniu zarzuty naruszenia ustawy – rzutowały na sytuację prawną Odwołującego skutkując poniesieniem lub możliwością poniesienia przez Odwołującego szkody. Izba nie może się domyślać wykazania przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego, nie może jej domniemywać czy też wnioskować z przedstawionego uzasadnienia faktycznego odwołania czy tym bardziej z innego postępowania odwoławczego. Wykonawca wnoszący odwołanie 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 (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2022 r. sygn. akt 427/22, tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2020 roku sygn. akt KIO 2193/20, KIO 2196/20, KIO 2198/20).

Wobec poczynionego ustalenia co do braku wykazania spełniania wszystkich przesłanek materialnoprawnych korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 505 ust.1 ustawy Pzp, tj. przesłanki poniesienia lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez

zamawiającego przepisów ustawy 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: ……