Sygn. akt: KIO 3787/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 7 listopada 2024r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Monika Banaszkiewicz
Przemysław Dzierzędzki
Emilia Garbala

Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 4 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum w składzie: STF Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu (Lider) i „STALPROFIL" S.A. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (Partner) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie przy udziale po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum w składzie: ROMGOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ENGINEERING sp. k. z siedzibą w Jarocinie (Lider) ROMGOS GWIAZDOWSCY sp. z o.o. z siedzibą w Jarocinie (Partner)

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum w składzie: STF Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu i „STALPROFIL" S.A. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej i:
   2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum w składzie: STF Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu i „STALPROFIL" S.A. z siedzibą w Dąbrowie Górnicz tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……
……
……

Sygn. akt: KIO 3787/24

Uzasadnienie

Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) (dalej: „ustawa Pzp") pn. „POM3 Budowa gazociągu DN 1000, MOP 8,4 MPa Gustorzyn - Wicko, Część 1 Odc. Gustorzyn – Gardeja" (nr referencyjny ZP/2024/04/0037/GDA).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 maja 2024 r. pod nr 2024/S 99-304841.

W dniu 14 października 2024 r. do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na podstawie art. 513 i nast. ustawy Pzp wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum w składzie: STF Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu i „STALPROFIL" S.A. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dalej: „Odwołujący"). Odwołanie zostało wniesione wobec działań i zaniechań Zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu polegających na:

1. Wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy – Konsorcjum w składzie: ROMGOS Sp. z o.o. ENGINEERING S k. w Jarocinie (dalej: „ROMGOS ENGINEERING") oraz ROMGOS Gwiazdowscy Sp. z o.o. w Jarocinie (dalej: „ROMG Gwiazdowscy") - łącznie określanych dalej jako „Konsorcjum ROMGOS"
2. Zaniechaniu uznania oferty Konsorcjum ROMGOS za nieprawidłową w rozumieniu art. 29 ust. 3 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2560 z 14.12.2022 r. w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny (Rozporządzenie 2022/2560) i zaniechaniu jej odrzucenia z tego powodu;
3. Zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS ze względu na to, iż została złożona przez wykonawcę, który nie przedłożył w przewidzianym terminie prawidłowego i kompletnego oświadczenia, o którym mowa w art. 29 ust. 1 Rozporządzenia 2022/2560;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art. 58 k.c. i w związku z art. 29 ust. 3 i 29 ust. 1, art. 28 ust. 1b Rozporządzenia 2022/2560 oraz art. 3 ust. 3 i 5.ust. 3, Rozporządzenia Wykonawczego 2023/1441 a także w związku z pkt 17 części 7 wprowadzenia do Załącznika II do Rozporządzenia Wykonawczego 2023/1441 oraz postanowień SEKCJI 1,2,7,8 Załącznika II do Rozporządzenia Wykonawczego 2023/1441 (Zarzut I),

2)Art. 226 ust. 1 pkt 2) c) Pzp w związku z art. 128 ust. 1 Pzp (Zarzut II).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że pismem z 16 lipca 2024 r. Zamawiający, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum ROMGOS do uzupełnienia w terminie do dnia 30 lipca 2024 r.:

„1) zgłoszenia, o którym mowa w art. 29 ust. 1 rozporządzenia 2022/2560, jeżeli Wykonawca, w tym jego spółki zależne bez autonomii handlowej, jego spółki holdingowe, oraz, w stosownych przypadkach, jego główni podwykonawcy i dostawcy (w rozumieniu art. 29 ust. 5 rozporządzenia 2022/2560) uczestniczący w tej samej ofercie w postępowaniu, otrzymał podlegający zgłoszeniu zagraniczny wkład finansowy zgodnie z art. 28 ust. 1 i 2 oraz art. 29 ust. 1 rozporządzenia 2022/2560; lub

2) oświadczenia, o którym mowa w art. 29 ust. 1 rozporządzenia 2022/2560, jeżeli Wykonawca, w tym jego spółki zależne bez autonomii handlowej, jego spółki holdingowe, oraz, w stosownych przypadkach, jego główni podwykonawcy i dostawcy (w rozumieniu art. 29 ust. 5 rozporządzenia 2022/2560) uczestniczący w tej samej ofercie w postępowaniu, nie otrzymał podlegającego zgłoszeniu zagranicznego wkładu finansowego zgodnie z art. 28 ust. 1 i 2 oraz art. 29 ust. 1 rozporządzenia 2022/2560;

pod rygorem uznania oferty za nieprawidłową i jej odrzucenia (art. 29 ust. 3 rozporządzenia 2022/2560)".

Dalej Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 17 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował m.in. Konsorcjum ROMGOS, że „(…) wydłuża termin na złożenie zgłoszenia lub oświadczenia do dnia 1 sierpnia 2024 r.", zaś pismem z dnia 26 lipca 2024 r., Zamawiający udostępnił m.in. Konsorcjum ROMGOS szczegółową instrukcję dotyczącą spełnienia wymogów w zakresie powyższego uzupełnienia.

Dnia 30 lipca 2024 r. Konsorcjum ROMGOS złożyło Zamawiającemu pismo do którego dołączono pisma członków Konsorcjum ROMGOS, jak również pisma podmiotów, na których zasoby Konsorcjum ROMGOS powołuje się celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w których to pismach znalazły się oświadczenia, że:

a)żadna ze stron zgłaszających nie otrzymała zagranicznych wkładów finansowych podlegających zgłoszeniu na podstawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2560 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny (Dz.U. L 330 z 23.12.2022, p. 1–45)",

b)Spółka nie otrzymała zagranicznych wkładów finansowych podlegających zgłoszeniu na podstawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2560 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny (Dz.U. L 330 z 23.12.2022, p. 1–45)."

Odwołujący wskazał, że poza wymienionymi w piśmie podmiotami istnieją jeszcze inne podmioty powiązane kapitałowo z Konsorcjum ROMGOS, a które nie są one objęte treścią odnoszących się do kwestii subsudiów pism przedłożonych przez Konsorcjum ROMGOS na wezwanie Zamawiającego tj. nie są one wymienione przez chociażby określenie tych podmiotów jako „spółki zależne bez autonomii handlowej, spółki holdingowe" – zgodnie z terminologią wskazaną w art. 28 i 29 Rozporządzenia 2022/2560

Odwołujący wskazał, że od strony podmiotowej, obowiązek raportowania subsydiów obejmuje:

a) wykonawcę (grupę wykonawców), w tym jego spółki zależne bez autonomii handlowej, jego spółki holdingowe (art. 28 ust. 1 b) Rozporządzenia 2022/2560

oraz, w stosownych przypadkach (tj. gdy są znani)

b) jego głównych podwykonawców i dostawców uczestniczących w tej samej ofercie w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 28 ust. 1 b) Rozporządzenia 2022/2560.

Przewidziany wyżej obowiązek, w imieniu własnym oraz wszystkich pozostałych obowiązanych podmiotów realizuje główny wykonawca w rozumieniu dyrektyw w sprawie zamówień publicznych (art. 29 ust. 6 Rozporządzenia 2022/2560 i art. 3 ust. 2 Rozporządzenia Wykonawczego 2023/1441). Wykonawca winien legitymować się pełnomocnictwem

udzielonym przez głównych podwykonawców i dostawców, które załącza do odpowiednio zgłoszenia lub oświadczenia (art. 3 ust. 3 Rozporządzenia Wykonawczego 2023/1441:
Jeżeli zgłoszenia lub oświadczenia podpisują upoważnieni zewnętrzni przedstawiciele osób lub przedsiębiorstw, tacy przedstawiciele przedstawiają dowód na piśmie, że są upoważnieni do działania".
Odwołujący wskazał, że oświadczenie należy przedłożyć Zamawiającemu w sposób określony w części 7 wprowadzenia i w sekcji 7 załącznika II Rozporządzenia Wykonawczego 2023/1441, na jednym formularzu (art. 5 ust. 3 Rozporządzenia Wykonawczego 2023/1441). Odwołujący podał, że uznać można wyłącznie oświadczenie:

(i)złożone przez wykonawcę (w imieniu wykonawcy i jego spółek zależnych bez autonomii handlowej, jego spółek holdingowych, jak też w imieniu znanych głównych podwykonawców i poddostawców ujętych w ofercie)
(ii)z załączonym pełnomocnictwem znanych głównych podwykonawców i poddostawców,
(iii)na formularzu FSPP,
(iv)zawierające prawidłowe i kompletne dane.

Odwołujący wskazał, że dokumenty dostarczone Zamawiającemu przez Konsorcjum ROMGOS na wezwanie do przedłożenia zgłoszenia bądź oświadczenia w sprawie subsydiów są wadliwe tak pod względem formalnym jak i materialnym, w stopniu istotnym, przez co nie jest to kompletne ani prawidłowe oświadczenie w przedmiocie subsydiów w rozumieniu Rozporządzenia 2022/2560 i Rozporządzenia Wykonawczego 2023/1441, i tak:

1)W kwestii formy Konsorcjum ROMGOS nie przedłożyło jednego oświadczenia dla wszystkich obowiązanych, z zastosowaniem formularza FSPP i z użyciem pełnomocnictw.
2)Dokumenty dostarczone przez Konsorcjum ROMGOS nie zawierają wszystkich wymaganych dla oświadczenia danych.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Brak nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS ze względu na opisane przez Odwołującego uchybienia stanowiłaby jego zdaniem naruszenie zasady lojalności, przewidzianej w art. 4 ust. 3 TUE.
Dalej Odwołujący wskazał, że przedłożone Zamawiającemu przez Konsorcjum ROMGOS dokumenty nie spełniają wymogów przewidzianych w art. 29 ust. 1 w związku z art. 28 ust. 1b Rozporządzenia 2022/2560 oraz w art. 3 ust. 3 i 5.ust. 3, Rozporządzenia Wykonawczego 2023/1441 a także pkt 17 części 7 wprowadzenia do Załącznika II do Rozporządzenia Wykonawczego 2023/1441 oraz postanowień SEKCJI 1,2,7,8 Załącznika II do Rozporządzenia Wykonawczego 2023/1441. Procedura uzupełnienia lub poprawienia dokumentów może być jak zauważył Odwołujący, z uwagi na zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zastosowana tylko jednokrotnie w odniesieniu do tego samego braku pierwotnie złożonych oświadczeń lub dokumentów.
Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości.
2. Nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum ROMGOS jako najkorzystniejszej,
b) powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert;
c) odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS;

3. Zawieszenie postępowania odwoławczego (odroczenie rozprawy) na podstawie art. 550 ust. 1 ustawy Pzp oraz skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w oparciu o art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana – Dz. U. Dz.U.2004.90.864/2 z późn. zm.) poniższych pytań prejudycjalnych, dotyczącego wykładni przepisów prawa unijnego:

1) Czy niespełnienie przez dokument przedłożony Zamawiającemu przez wykonawcę na wezwanie do złożenia oświadczenia w sprawie subsydiów, o którym mowa w art. 29 ust. 1 Rozporządzenia 2022/2560, wymogów Rozporządzenia 2022/2560 oraz Rozporządzenia Wykonawczego 2023/1441 wymienionych w I. pkt 16 ppkt 1 – 3b) uzasadnienia niniejszego odwołania, winno skutkować uznaniem, że wykonawca nie spełnił wymogów przewidzianych Rozporządzeniem dla oświadczenia w sprawie subsydiów, zaś jego oferta winna być odrzucona na podstawie art. 29 ust. 3 Rozporządzenia 2022/2560?

2) Czy niewymienienie w treści dokumentu przedłożonego Zamawiającemu przez wykonawcę na wezwanie do złożenia oświadczenia w sprawie subsydiów, o którym mowa w art. 29 ust. 1 Rozporządzenia 2022/2560, spółek zależnych bez autonomii handlowej wykonawcy i jego spółek holdingowych, przez chociażby określenie rodzajowe tych podmiotów (tj. określenie „spółki zależne bez autonomii handlowej i spółki holdingowe"), winno skutkować uznaniem, że wykonawca nie spełnił wymogów przewidzianych Rozporządzeniem dla oświadczenia w sprawie subsydiów, zaś jego oferta winna być odrzucona na podstawie art. 29 ust. 3 Rozporządzenia 2022/2560?

4. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.
5. Przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz pozostałych zawnioskowanych dokumentów na fakty

wskazane w treści odwołania.

Na podstawie całości dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 528 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy."

Zdaniem Izby nie ulegało wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z ofertą, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów oraz że nie znajdują zastosowania przepisy ustawy Pzp.

Odnosząc się do sankcji nieważności Izba wskazuje, że nieważność oferty musi wynikać z odrębnych przepisów. Przepisy te muszą w związku z tym przewidywać jednoznacznie nieważność. Oznacza to, że skutku nieważności nie można się domyślać, musi ona zostać wyraźnie wyartykułowana przez ustawodawcę. Rozporządzenie 2022/2560 takiej sankcji dla oferty złożonej przez wykonawców nie przewiduje. Nie sposób w związku z tym zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że oferta złożona przez Konsorcjum ROMGOS jest nieważna na podstawie przepisów ww. Rozporządzenia, w związku z czym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności należy wskazać na treść art. 513 ustawy Pzp, zgodnie z którym:

„Odwołanie przysługuje na:

1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;

2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;

3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany."

Aby wykonawca mógł skorzystać ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp czynność lub zaniechanie musi po pierwsze dotyczyć przepisów ustawy, a po drugie musi to być czynność lub zaniechanie zamawiającego. W przedmiotowej sprawie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS wskazując dwie podstawy tego odrzucenia:

1. złożenie przez Konsorcjum ROMGOS nieprawidłowej oferty w rozumieniu art. 29 ust. 3 Rozporządzenia 2022/2560;
2. nieprzedłożenie przez Konsorcjum ROMGOS w przewidzianym terminie prawidłowego i kompletnego oświadczenia, o którym mowa w art. 29 ust. 1 Rozporządzenia 2022/2560.

Jak słusznie zauważyło Konsorcjum ROMGOS, Rozporządzenie 2022/2560 stanowi kompleksową regulację kwestii pomocy publicznej (subsydia zagraniczne). Jego istotą jest możliwość oceny czy subsydia zagraniczne nie wpływają na konkurencyjność na rynku Unii Europejskiej. Jest ono kompletne i żadna jego część nie jest elementem systemu zamówień publicznych jako takiego, choćby dlatego, że nie są one uregulowane w żadnych dyrektywach zamówieniowych, ani krajowych przepisach o zamówieniach publicznych. Rozporządzenie 2022/2560 zgodnie z art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej jest aktem prawa unijnego stosowanym bezpośrednio. Nie jest implementowane do prawa krajowego drogą ustawy. Regulacje i tryb postępowania odwoławczego zostały w związku z tym przewidziane w samym Rozporządzeniu 2022/2560.

Izba wskazuje, że co prawda Zamawiający w wezwaniu z dnia 16 lipca 2024 r. wskazał nieprawidłową podstawę prawną do uzupełnienia zgłoszenia oraz oświadczenia wskazanych w art. 29 ust. 1 Rozporządzenia 2022/2560, a Konsorcjum ROMGOS tego nie zakwestionowało, jednak błąd ten nie przesądza o tym, jaki porządek prawny ma w danej sprawie zastosowanie, a co za tym idzie, że w kwestii zarzucanych przez Odwołującego naruszeń powinna orzekać KIO. Krajowa Izba Odwoławcza orzeka na podstawie obowiązujących przepisów, a nie tego, co znalazło się w piśmie Zamawiającego sformułowanym na danym etapie prowadzonego postępowania. W przedmiotowej sprawie podstawa prawna do wezwania wykonawcy do uzupełnienia zgłoszenia oraz oświadczenia została przewidziana wprost w art. 29 ust. 3 Rozporządzenia 2022/2560, zgodnie z którym:

„W przypadku gdy we wniosku o dopuszczenie do udziału lub w ofercie brakuje zgłoszenia lub oświadczenia, instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający mogą zwrócić się do danych wykonawców o przedłożenie stosownego dokumentu w terminie 10 dni roboczych. Oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału, które są przekazywane przez wykonawców objętych obowiązkami określonymi w niniejszym artykule, a którym nie towarzyszy zgłoszenie ani oświadczenie przedłożone zgodnie z ust. 1, mimo wniosku instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego złożonego zgodnie z niniejszym ustępem, są uznawane za nieprawidłowe i zostają odrzucone przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający. Instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający informują Komisję o takim odrzuceniu."

Zamawiający bada i odrzuca ofertę wykonawcy wyłącznie w sytuacji, gdy na etapie badania oferty zostanie ustalone, że wykonawca ten nie złożył w ogóle dokumentów żądanych przez Zamawiającego. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że w przypadku niezłożenia lub nieuzupełnienia dokumentów powinno dojść do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp i że to Zamawiający jest zobowiązany do zbadania kompletności oferty. Uprawnienie to Rozporządzenie 2022/2560 przyznaje Komisji. Zgodnie z art. 29 ust. 2 i ust. 4 Rozporządzenia 2022/2560:

„2.Jak tylko zgłoszenie lub oświadczenie zostaną przedłożone, instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający niezwłocznie przekazują je Komisji.

(…)

4.Komisja bez zbędnej zwłoki bada treść otrzymanego zgłoszenia. W przypadku gdy Komisja stwierdzi, że zgłoszenie jest niepełne, informuje o tym instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający oraz danego wykonawcę i żąda, aby wykonawca uzupełnił treść zgłoszenia w terminie 10 dni roboczych. W przypadku gdy zgłoszenie towarzyszące ofercie lub wnioskowi o dopuszczenie do udziału pozostaje niepełne mimo wniosku złożonego przez Komisję zgodnie z niniejszym ustępem, Komisja przyjmuje decyzję, w której ogłasza, że oferta jest nieprawidłowa. W decyzji tej Komisja zwraca się także do instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego o przyjęcie decyzji odrzucającej taką nieprawidłową ofertę lub wniosek o dopuszczenie do udziału."

Z powyższych przepisów jednoznacznie wynika, że zgłoszenie lub oświadczenie powinny zostać niezwłocznie przekazane przez Zamawiającego Komisji, która następnie dokonuje ich badania. W przypadku uznania przez Komisję, że oferta jest nieprawidłowa, zwraca się ona do Zamawiającego o przyjęcie decyzji odrzucającej ofertę. Rola Zamawiającego została ograniczona do przyjęcia decyzji podjętej przez Komisję, nie ma on w tym zakresie swobody działania, pola do podjęcia merytorycznej decyzji. To Komisja więc, a nie Zamawiający dokonuje merytorycznej oceny otrzymanych dokumentów. Środkiem ochrony prawnej, który powinien mieć w związku z tym zastosowanie w zakresie naruszeń zarzucanych przez Odwołującego jest skarga do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na czynności dokonane przez Komisję.

Zgodnie bowiem z art. 72 preambuły Rozporządzenia 2022/2560:

„Akty Komisji przyjmowane na podstawie niniejszego rozporządzenia podlegają kontroli Trybunału Sprawiedliwości zgodnie z art. 263 TFUE.(…)"

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, że przyjęcie stanowiska Odwołującego odnośnie kompetencji KIO w przedmiotowej sprawie prowadziłoby do dualizmu ścieżek prawnych, otworzyłaby się bowiem krajowa ścieżka prawna, podczas gdy została ona zastrzeżona do kompetencji Trybunału Sprawiedliwości. To Komisja bowiem, a nie Zamawiający dokonała merytorycznej weryfikacji dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum ROMGOSW konsekwencji Izba wskazuje też, że podziela stanowisko zaprezentowane podczas posiedzenia przez Przystępującego, zgodnie z którym przyjęcie interpretacji przepisów prezentowanej w odwołaniu przez Odwołującego prowadziłoby do niedopuszczalnej sytuacji, w której środek ochrony prawnej przysługiwałby m.in. na czynność osoby fizycznej lub prawnej, o której mowa w zdaniu ostatnim art. 29 ust. 7 Rozporządzenia 2022/2560

„7. (…) Inne osoby prawne lub fizyczne mogą zgłaszać Komisji informacje dotyczące subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny i mogą informować o podejrzeniach, że prawdopodobnie przedłożono fałszywe oświadczenie."

Reasumując, Izba może rozstrzygać spory wyłącznie w sprawach, w których jest właściwa na podstawie ustawy Pzp, a więc jedynie w postępowaniach o udzielenie zamówienia do którego stosuje się przepisy ustawy Pzp w zakresie czynności i zaniechań zamawiającego. Zarzucane przez Odwołującego naruszenia nie dotyczyły czynności, które leżały w gestii Zamawiającego, co więcej wynikały one z postanowień Rozporządzenia 2022/2560. Izba nie jest władna w związku z tym do udzielenia ochrony prawnej Odwołującemu w zakresie czynności i zaniechań Komisji wynikającym z treści Rozporządzenia 2022/2560.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczeniem w przedmiotowej sprawie Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 528 pkt 1 ustawy Pzp, , w związku z czym zasadne było wydanie postanowienia.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp „W wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego". Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp „Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku".

Stosownie do przepisu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) „W przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący (…)".

Izba stwierdziła, że wobec odrzucenia odwołania w całości, odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 8 ust. 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).
Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: …….
……..
……..