

WYROK

Warszawa, dnia 30 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2024 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CARBOSPEC M. JAŚNIOK SPÓŁKA JAWNA z siedzibą w Paniówku, PLASTON-P SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Chorzowie, DPMTECH SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Rybniku, SIEMAG TECBERG POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego JASTRZĘBSKA SPÓŁKA WĘGLOWA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego: CFT POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Tychach

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CARBOSPEC M. JAŚNIOK SPÓŁKA JAWNA z siedzibą w Paniówku, PLASTON-P SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Chorzowie, DPMTECH SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Rybniku, SIEMAG TECBERG POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Katowicach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), kwotę 333 zł 40 gr (słownie: trzysta trzydzieści trzy złote czterdzieści groszy), kwotę 34 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, noclegu oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CARBOSPEC M. JAŚNIOK SPÓŁKA JAWNA z siedzibą w Paniówku, PLASTON-P SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Chorzowie, DPMTECH SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Rybniku, SIEMAG TECBERG POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Katowicach na rzecz zamawiającego JASTRZĘBSKĄ SPÓŁKĘ WĘGLOWĄ SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju kwotę 3 967 zł 40 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset sześćdziesiąt siedem złotych czterdzieści groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, noclegu oraz opłaty od pełnomocnictwa.

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 2875/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający - JASTRZĘBSKA SPÓŁKA WĘGLOWA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Zaprojektowanie, dostawa i zabudowa części dolowej Układu Klimatyzacji Centralnej o mocy chłodniczej 7,2 MW z możliwością rozbudowy do 10,8 MW w JSW S.A. KWK „Knurów – Szczygłowice” Ruch Knurów”, nr referencyjny: 29/P/23.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 sierpnia 2023 r. pod numerem: 2023/S 161-509156.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia CARBOSPEC M. JAŚNIOK SPÓŁKA JAWNA z siedzibą w Paniówku, PLASTON-P SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Chorzowie, DPMTECH SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Rybniku, SIEMAG TECBERG POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Katowicach

„Odwołujący”) w dniu 12 sierpnia 2024 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynność Zamawiającego polegającą na wezwaniu wykonawcy CFT Polska sp. z o.o., 43-100 Tychy, ul. Fabryczna 7 (dalej jako: „Wykonawca” lub „CFT”) do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych pomimo, że Wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a związku z tym jego oferta podlega odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 128 ust. 1 pkt 1) p.z.p. w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z pkt 6.3 SWZ oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) p.z.p i art. 16 pkt 2) p.z.p. poprzez skierowaniu do CFT wezwania, pomimo iż podmiot ten podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlegała odrzuceniu z przyczyn wskazanych dalej w treści odwołania.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wezwania CFT, a tym samym zakazanie wzięcia pod uwagę oświadczeń i dokumentów złożonych przez Wykonawcę w wyniku wezwania, a w konsekwencji o wykluczenie CFT z postępowania i odrzucenie jego oferty;

3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie.

4. przeprowadzenie dowodów z wymienionych w treści odwołania oraz z dokumentów, które zostaną przez Odwołującego ewentualnie przedłożone na rozprawie.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Odwołujący przytoczył treść art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oraz fragment komentarza pod redakcją H. Nowak, M. Winiarz do wskazanego przepisu.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie był uprawniony do wystosowania wezwania do CFT, ponieważ wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu, ze względu na to że CFT w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. umowy opisanej przez CFT w „Wykazie dostaw” złożonym wraz z ofertą, co doprowadziło do naliczenia odszkodowania (w postaci kar umownych), a nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia.

Odwołujący wskazał, że CFT dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 10.1.5. SWZ przedłożył wraz z ofertą wypełniony „Wykaz dostaw”, w którym wskazano wykonanie zamówienia „Dostawa wraz z zabudową i uruchomieniem kompletnych 4 niestacjonarnych agregatów wody lodowej typu woda/woda o mocy chłodniczej 950-999 kW każdy z osprzętem dla JSW S.A. KWK Jastrzębie-Bzie” (dalej jako „Zamówienie referencyjne”) Jako dokument potwierdzający należyte wykonanie ww. zamówienia CFT przedłożył protokoły odbioru z dnia 23.09.2022 r. oraz 05.12.2022 r. Zdaniem Odwołującego protokoły te nie tylko nie potwierdzają należytego wykonania Zamówienia referencyjnego, lecz wskazują na zaistnienie przesłanki wykluczenia CFT z Postępowania opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. i wskazanej przez Zamawiającego w pkt 6.3 SWZ.

Odwołujący wskazał, że z „Wykazu dostaw” złożonego przez CFT oraz protokołów odbioru z dnia 5 grudnia 2022 r. oraz 23.09.2022 r. wynika, że nastąpiło znaczne przekroczenie terminu wykonania zamówienia, gdyż umowa została zawarta w dniu 28.09.2021 r., a następnie zamówienie było wykonywane od 28.09.2021 r. do 05.12.2022 r. Termin realizacji umowy określono na „9 miesięcy od daty zawarcia umowy”, a zatem powinien być on upłynąć 28.06.2022 r. Protokół odbioru końcowego został podpisany dopiero 5.12.2022r., a więc ponad 5 miesięcy później niż przewidywał to zamawiający. Wyraźne potwierdzenie, że zamówienie zostało wykonane z uchybieniem terminu znalazło się w treści protokołu odbioru z dnia 5.12.2022 r.

Zdaniem Odwołującego, biorąc pod uwagę termin wykonania prac ustalony pierwotnie, tj. 9 miesięcy, to opóźnienie o długości ponad połowy tego okresu z pewnością miało charakter znaczący. O znaczącym stopniu nienależytego wykonania Zamówienia referencyjnego świadczy również wysokość naliczonej kary umownej w stosunku do wartości wynagrodzenia CFT za wykonanie Zamówienia referencyjnego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że kara umowna wyniosła 2.099.812,80 zł, co stanowi 19% wynagrodzenia umownego netto CFT. Brak jest informacji, aby CFT kwestionowało na drodze postępowania sądowego nałożoną karę umowną.

Odwołujący wskazał, że obowiązek terminowego wykonania zamówienia publicznego ma charakter istotny, a dotrzymanie tego terminu jest jednym z podstawowych obowiązków każdego wykonawcy. Terminowe wykonywanie umów ma charakter na tyle istotny, że przepisy k.c. (stosowane do umów w sprawie zamówień publicznych na podstawie art. 8 ust. 1 p.z.p.) przewidują możliwość odstąpienia od umowy, w przypadku gdy termin ten nie zostanie dotrzymany. Można tu powołać art. 491 k.c., 492 k.c., 635 k.c.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący podniósł, że w przypadku CFT nienależyte wykonanie Zamówienia referencyjnego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy potwierdza naliczenie przez Zamawiającego kary umownej za zwłokę. Odwołujący zwrócił uwagę, że sam Zamawiający w piśmie z dnia 19.07.2024 r. skierowanym do CARBOSPEC w wyniku wniosku tego podmiotu o udzielenie informacji publicznej wskazał: Umowa nr e-Ru 152100193,

zawarta w dniu 28.09.2021 r., pomiędzy JSW S.A. KWK „Jastrzębie – Bzie” a CFT Polska sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, w zakresie dostawy wraz z zabudową i uruchomieniem kompletnych 4 niestacjonarnych agregatów wody lodowej typu woda/woda o mocy chłodniczej 950-999 kW każdy z osprzętem, została wykonana z opóźnieniem w wymiarze 160 dni, które w ocenie JSW S.A. nosi znamiona zwłoki. Z uwagi na powyższe nie jest możliwe stwierdzenie, że Umowa została wykonana należyście.”

Cytowane wyżej pismo Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, potwierdza, że Zamawiający uznaje Zamówienie referencyjne za takie, które nie tylko nie potwierdza spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.3 SWZ, ale również za wykonane nienależyście z przyczyn leżących po stronie CFT.

Odwołujący zwrócił uwagę na niewłaściwe działanie CFT, a polegające na złożeniu w postępowaniu oświadczenia JEDZ, w którym w pkt III.C na pytanie *„Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”* Wykonawca podał nieprawdziwą odpowiedź negatywną. Jak wykazano powyżej w odwołaniu na Wykonawcę nałożono kary umowne w związku z nienależytym wykonaniem zamówienia referencyjnego, w związku z czym jedyną poprawną odpowiedzią w tym miejscu było „TAK”. Odwołujący podniósł również, że w aktualnym stanie Postępowania wyłączona jest możliwość samooczyszczenia CFT.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z pkt 6.3 SWZ, a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) p.z.p. Okoliczności te sprawiają, że Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Wykonawcy do wykazania innego zamówienia spełniającego wymagania Zamawiającego określone w SWZ wraz z właściwymi dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie takiego innego zamówienia.

W złożonej pismem z dnia 26 sierpnia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołaniach i wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Zamawiający wskazał, że zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów pzp.

Legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej przysługuje tylko takiemu uczestnikowi postępowania, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący musi dowieść, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości realizacji zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Odwołujący musi także wykazać, że wskutek utraty możliwości realizacji zamówienia poniósł lub może ponieść szkodę. Ponadto, szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów pzp. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów pzp. Odwołujący zobowiązany jest udowodnić, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie, wynikającej z utraty możliwości uzyskania i realizacji zamówienia.

Powyższą wykładnię art. 505 pzp potwierdza ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zapadłe zarówno na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy z dnia 11.09.2019r. Prawo zamówień publicznych, jak i poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych, a także doktryna zamówień publicznych. Zamawiający przywołał liczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz poglądy doktryny.

Zamawiający wskazał, że uwzględniając przytoczone orzecznictwo i doktrynę wypada zauważyć, że odwołujący zaskarżył czynność zamawiającego, której podjęcie pozostaje bez wpływu na możliwość uzyskania przez niego zamówienia, stanowiącego przedmiot postępowania nr 29/P/23. Czynność zamawiającego z dnia 24.07.2024 r. obejmująca wezwanie przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w punkcie 10.1.5. i 10.1.6. swz nie stanowi bowiem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przystępującego, skutkującej pozbawieniem odwołującego możliwości realizacji omawianego zamówienia. Zdaniem Zamawiającego odwołujący nie posiada interesu do wniesienia odwołania w niniejszej sprawie (art. 505 ust. 1 pzp). Stąd odwołanie podlega oddaleniu.

Zamawiający podniósł, że powyższy wniosek potwierdza także treść przepisu art. 554 ust. 1 pkt 1 pzp, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Zamawiający zwrócił uwagę, że przepis art. 128 ust. 1 pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu w sytuacji gdy

wykonawca ich nie złożył lub są one niekompletne lub zawierają błędy, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Tym samym zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów wymienionych w przywołanym powyżej przepisie. Jednocześnie zamawiający uprawniony jest zaniechać realizacji wspomnianego obowiązku między innymi w sytuacji gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na złożenie, uzupełnienie lub poprawienie brakujących dokumentów.

W kontekście powyższego należy dokonać oceny czynności zamawiającego, obejmującej wezwanie przystępującego do przedstawienia dokumentów wskazanych w punkcie 10.1.5. i 10.1.6 swz. Stosownie do przytoczonego przepisu zamawiający zobowiązany był wezwać spółkę CFT Polska sp. z o.o. do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu i referencji, albowiem te uprzednio złożone nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej. Zamawiający nie był zobowiązany do zaniechania dokonania powyższej czynności. Przedmiotowy przepis przewiduje jedynie uprawnienie zamawiającego uregulowane jako wyjątek, na podstawie którego zamawiający może odstąpić od wezwania wykonawcy do przedłożenia brakujących dokumentów. Tym samym skierowanie przez zamawiającego wezwania z dnia 24.07.2024 r., w którym zobowiązał przystępującego do złożenia brakujących podmiotowych środków dowodowych nastąpiło w wykonaniu obowiązku przewidzianego w przepisie art. 128 ust. 1 pzp. Stąd nie można go kwalifikować jako naruszenia przepisów pzp. Konsekwencją powyższego jest wniosek, że zaskarżona przez odwołującego czynność w żaden sposób nie narusza przepisów pzp, co przekreśla interes odwołującego do wniesienia skutecznego (podlegającego uwzględnieniu) odwołania w rozumieniu przepisu art. 505 ust. 1 pzp. Wezwanie, które zamawiający w dniu 24.07.2024 r. skierował do przystępującego nie przesądza o dalszych czynnościach zamawiającego i w żaden sposób nie wskazuje, że oferta przystępującego zostanie wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Nie wskazuje również, że jego oferta zostanie odrzucona. Potwierdza jedynie, że zamawiający przeprowadził pełną kwalifikację podmiotową w odniesieniu do wykonawcy, który w wyniku aukcji elektronicznej, stanowiącej drugi etap postępowania nr 29/P/23 złożył ofertę najwyższej ocenioną i w tym zakresie dokonał oceny wszystkich złożonych przez przystępującego podmiotowych środków dowodowych, w tym zarówno potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, jak i potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W dalszej części uzasadnienia Zamawiający wskazał, że odwołujący zarzucił nie podjęcie przez przystępującego czynności w ramach tzw. samooczyszczenia, co zobowiązany był uczynić wraz ze złożeniem oferty. Odpowiadając na powyższe Zamawiający tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2021 r. wydanego w sprawie o sygn. akt: KIO 2348/21, wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 14 stycznia 2021 r. wydanego w sprawie o sygn. akt: C-387/19 oraz wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 stycznia 2019 r. wydanego w sprawie o sygn. akt: XXIII Ga 1811/18.

Wykonawca CFT POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Tychach z przystąpieniem do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 26 sierpnia 2024 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o odrzucenie odwołania, a w przypadku nieuwzględnienia powyższego o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę CFT POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Tychach. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Rozpoznając odwołanie, Izba dokonała badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Izba ustaliła, że w sprawie rozpatrywanej Odwołujący nie ma legitymacji do wniesienia odwołania.

Art. 505 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.*

Interes podmiotu korzystającego ze środków ochrony prawnej stanowi przesłankę materialnoprawną tego środka.

Posiadanie tego interesu decyduje o istnieniu legitymacji czynnej do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Z tego też względu interes ten musi zostać wykazany na etapie wnoszenia odwołania, a następnie jego istnienie jest weryfikowane przez skład orzekający.

Przedkładając powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący w uzasadnieniu interesu prawnego wskazał, że *Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania, gdyż złożył ofertę w Postępowaniu, wziął udział w aukcji elektronicznej, jego oferta aktualnie jest na drugim miejscu pod względem ceny i ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Oferta Konsorcjum nie podlega odrzuceniu. Ponadto Odwołujący nie podlega wykluczeniu z Postępowania. Sprzeczne z Pzp czynności Zamawiającego mogą narazić Odwołującego na szkodę, gdyż z ich powodu może dojść do wyboru wykonawcy, który podlega wykluczeniu a jego oferta podlega odrzuceniu. Rozstrzygnięcie odwołania poprzez jego uwzględnienie, spowoduje, iż możliwe będzie zapewnienie prawidłowego przebiegu Postępowania, a Odwołującemu korzyści wynikających z zawarcia i wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia oznacza możliwość jego uzyskania. Interes zatem posiadać będzie wykonawca, który wskutek niezgodnych z prawem czynności lub zaniechań zamawiającego traci możliwość uzyskania zamówienia. Fakty wezwania Uczestnika postępowania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych nie niweczy możliwości uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Nie sposób również uznać, że poprzez ww. Odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę.

Odwołujący wskazuje, że uwzględnienie odwołania zapewni prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co istotne celem postępowania odwoławczego nie jest zapewnienie zgodności czynności zamawiającego z prawem in abstracto.

Konkludując, wykazanie interesu i możliwości poniesienia szkody jest koniecznym warunkiem rozpoznania przez Izbę wniesionego odwołania. Brak wykazania łącznego spełnienia przesłanek interesu we wniesieniu odwołania wymienionych w przepisie art. 505 ust. 1 ustawy Pzp zawsze będzie prowadzić do oddalenia odwołania i to bez potrzeby rozpoznania jego zarzutów. Skoro zatem Odwołujący nie wykazał interesu oraz możliwości poniesienia szkody odwołanie należało oddalić.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. § 5 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a, b i d rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Przy czym Izba za uzasadniony koszt uznała 1/2 kwoty kosztu poniesionego przez Zamawiającego tytułem noclegu. Pełnomocnik Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2750/24 złożył tożsamą fakturę i wniosek o zwrot kosztów noclegu. Zgodnie z fakturą pełnomocnik zamawiającego przyjechał do Warszawy 25 sierpnia 2024 r. a rozprawa w niniejszej sprawie odbyła się 26 sierpnia 2024 r., z kolei w sprawie 2750/24 – 27 sierpnia 2024 r. Z tego też względu Izba nie uwzględniła kosztów noclegu w całości.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: