

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie **30 lipca 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **8 lipca 2024 r.**

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usługowe „Hetman” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu gminy Grodzisk Mazowiecki* (ZP.271.18.202)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Grodzisk Mazowiecki** [„Zamawiający”]

przy udziale uczestnika postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: **„Jarper” sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Warszawskiej** [„Przystępujący”]

orzeka:

1. **Odrzuca odwołanie w zakresie, w jakim dotyczy wykluczenia z postępowania Odwołującego i odrzucenia jego oferty jako czynności wykonanych przez Zamawiającego zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 10 czerwca 2024 r. sygn. akt KIO 1733/24.**
2. **W pozostałym zakresie oddala odwołanie z uwagi na niewykazanie materialnoprawnego uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).**
3. **Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:**
 - 1) **zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania** oraz **kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **uzasadnionych kosztów Zamawiającego,**
 - 2) **zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Na niniejsze 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.**

Uzasadnienie

Gmina Grodzisk Mazowiecki {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu gminy Grodzisk Mazowiecki* (ZP.271.18.202).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 16 lutego 2024 r. opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 34 pod poz. 98898.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

28 czerwca 2024 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez „Jarper” sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Warszawskiej {dalej również: „Jarper” lub „Przystępujący”} oraz odrzuceniu oferty i wykluczeniu Przedsiębiorstwa Usługowego „Hetman” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Hetman”}.

8 lipca 2024 r. Hetman {dalej również: „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności oraz zaniechania odrzucenia oferty i wykluczenia z postępowania J..

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano na inne akty prawne}:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania J., który – zbierając odpady komunalne: 1) zmieszane o kodzie 20 03 01, 2) ulegające biodegradacji o kodzie 20 02 01 bez wymaganego przepisami art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 12 grudnia 2012 roku o odpadach {dalej: „ustawa o odpadach”} oraz przekazując odpady z pkt 1) do niebędącej komunalną instalacji do mechanicznego przetwarzania odpadów IGLESPOL Z. Iglewski i Wspólnicy – w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego

uczciwość, a co Zamawiający byłby w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów.

- 2.Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty J., który w wyniku rażącego niedbalstwa lub, zamierzonego działania wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania z powodu okoliczności prawnych i faktycznych, o których mowa w pkt 1. powyżej, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, gdyż jako profesjonalista ubiegający się o udzielenie zamówienia Jarper miał lub co najmniej powinien mieć świadomość, że okoliczności, o których mowa w ramach poprzedniego zarzutu, oznaczają zajęcie względem niego postawy wykluczenia, o której tam mowa, lub – przy przyjęciu bardziej restrykcyjnej wykładni – mają znaczenie w kontekście oceny, czy nie podlega wykluczeniu, więc należy uznać, że celowo lub w wyniku rażącego niedbalstwa (związanego z brakiem wiedzy o podstawowych zasadach ubiegania się o zamówienie publiczne oraz przesłankach wykluczenia z takiego postępowania) ukrył te informacje przed Zamawiającym.
- 3.Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty J., który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje w postępowaniu, co do tego, że nie podlega wykluczeniu z postępowania z powodu okoliczności prawnych i faktycznych, o których mowa w pkt 1. powyżej, gdyż jako profesjonalista ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinien mieć świadomość, że okoliczności, o których mowa w ramach zarzutu z pkt 1. powyżej oznaczają zajęcie względem niego postawy wykluczenia, o której tam mowa, lub – przy przyjęciu bardziej restrykcyjnej wykładni – co najmniej stanowią informacje mające istotne znaczenie w kontekście oceny, czy nie podlega on wykluczeniu, więc zaniechanie ich podania stanowi przejaw niedbalstwa lub lekkomyślności.
4. Art. 109 ust. 3 oraz art. 16 pkt 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 przez oczywiście rażąco nieproporcjonalne wykluczenie Hetmana i odrzucenie jego oferty.
- 5.Art. 239 ust. 1 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 oraz art. 109 ust. 3 i art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 – przez wybór oferty J., pomimo że podlega on wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu na wskazanych wyżej podstawach prawnych, co pozostaje w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności w sytuacji, gdy Hetman został wykluczony za okoliczności niezawinione, o niewielkim znaczeniu, na podstawie kar orzeczonych nieprawomocnie, jak również tylko ze względu na niepodanie określonych informacji.
- 6.Art. 128 ust. 1 lub – przez zaniechanie wezwania J. do uzupełnienia wykazu pojazdów lub co najmniej wyjaśnienia jego treści, w sytuacji gdy złożony przez niego wykaz pojazdów nie zawiera informacji niezbędnych do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale XIV pkt 4 lit. a ppkt 2) SWZ – wymagane pojazdy [zarzut ewentualny w stosunku do poprzednich].

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty najkorzystniejszej.
- 2.Unieważnienia wykluczenia Hetmana i odrzucenia jego oferty.
- 3.Powtórzenia badania i oceny ofert, w tym wykluczenia J. na postawach, o których mowa w zarzutach z pkt 1.-3.
- 4.Wyboru oferty Hetmana jako najkorzystniejszej.
- 5.Wezwania J., jak w zarzucie z pkt 6. powyżej [żądanie ewentualne w stosunku do poprzednich].

Odwołanie zawiera następujące uzasadnienie odnośnie wykazania uprawnienia Hetmana do jego wniesienia [str. 5-6]:

Odwołujący spełnia przesłanki wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 Pzp. Dnia 28 czerwca 2024 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty Jarper sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp jako oferta wykonawcy wykluczonego z Postępowania. Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp. Czynności te były związane z ustaleniami zawartymi w wyroku KIO z dnia 10 czerwca 2024 roku KIO 1733/24. Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2024 roku KIO 1733/24 jest nieprawomocny i Odwołujący zamierza zaskarżyć go w terminie wynikającym z Pzp (wyrok z uzasadnieniem został doręczony 2 lipca 2024 roku, zatem termin na wniesienie skargi upływa 16 lipca 2024 roku).

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ nadal posiada status wykonawcy, a czynności i zaniechania Zamawiającego objęte odwołaniem pozbawiają go możliwości uzyskania zamówienia. Zamawiający dokonał bowiem wyboru oferty Jarper sp. z o.o. oraz zaniechał wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty, pomimo że ziściły się wobec tego wykonawcy przesłanki dla dokonania tych czynności wskazane w zarzutach odwołania. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania oraz możliwość poniesienia szkody, ponieważ czynności i zaniechania Zamawiającego mogą uniemożliwić mu uzyskanie zamówienia i osiągnięcie z niego zysku. W przypadku zawarcia umowy przez Zamawiającego z Jarper sp. z o.o. pomimo że podlega on wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu, nawet przy korzystnym dla Odwołującego rozstrzygnięciu skargi pozbawiony zostanie możliwości zawarcia umowy i jej realizacji.

Skarga nie ma bowiem charakteru suspensywnego.

Należy nadto zwrócić uwagę, że poprzedni wybór oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Odwołującego został zakwestionowany przez Jarper sp. z o.o. i w wyniku wykonania przez Zamawiającego nieprawomocnego wyroku Izby KIO 1733/24 został on unieważniony. Odwołujący nie może zatem znajdować się w pozycji gorszej od wykonawcy Jarper sp. z o.o., którego interes w kwestionowaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej został potwierdzony w wyroku KIO 1733/24. Okoliczności, których dotyczy odwołanie nie mogły być podnoszone na wcześniejszym etapie, ponieważ dotyczą badania przesłanek wykluczenia Jarper sp. z o.o. oraz wykazania spełniania przez niego warunku udziału w Postępowaniu w zakresie potencjału technicznego (pojazdów), które nie podlegały badaniu na wcześniejszym etapie Postępowania. Odwołujący byłby zatem pozbawiony możliwości kwestionowania oferty wykonawcy, na rzecz którego może utracić bezpowrotnie zamówienie (wniesienie skargi nie wstrzymuje zawarcia umowy). Należy nadto zauważyć, że art. 505 Pzp należy rozumieć szeroko, na co wskazuje orzecznictwo KIO. Każdemu wykonawcy przysługuje prawo kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania wykluczenia i odrzucenia jego oferty, ponieważ wiąże się z utratą możliwości uzyskania zamówienia i osiągnięcia zysku z jego realizacji. Jako że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej może zostać wzruszona przez innych wykonawców i wykonawca może w takiej sytuacji nawet utracić status wykonawcy wybranego, czego konsekwencją byłaby utrata możliwości uzyskania zamówienia oraz powstanie po jego stronie szkody w postaci utraconego zysku, także wykonawcy wybranemu przyznaje się możliwość kwestionowania innych ofert nawet gdy znajdują się niżej w rankingu ofert. Ewentualnie – przy stanowisku przeciwnym – odmawia się wykonawcy wybranemu interesu w kwestionowaniu innych ofert z uwagi właśnie na okoliczność wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej. Utrata statusu wykonawcy wybranego oznacza zatem, że nie sposób uznać, że wykonawca nie posiada interesu w zakwestionowaniu wyboru oferty innego wykonawcy. W orzecznictwie nie odmawia się interesu we wniesieniu odwołania i możliwości poniesienia szkody wykonawcy wybranemu, gdy kwestionuje oferty niżej sklasyfikowane. Tym bardziej zatem nie można odmówić Odwołującemu możliwości kwestionowania wyboru oferty Jarper sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz zaniechania czynności wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy nie mógł tego wykonać uprzednio, ponieważ okoliczności, których dotyczy odwołanie jeszcze nie nastąpiły, a sam był wykonawcą, którego oferta była wybrana jako najkorzystniejsza. Źródłem interesu Odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia jest sam fakt złożenia oferty w Postępowaniu oraz okoliczność, że zamówienie nie zostało jeszcze udzielone, gdyż umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta. Postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego (uchwała Sądu Najwyższego z 17 grudnia 2010 r. sygn. akt III CZP 103/10) i dopóki wykonawca nie zawrze umowy, jego interes w uzyskaniu danego zamówienia nie zostaje zaspokojony. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Ponadto czynności i zaniechania Zamawiającego naruszają zasady równego traktowania wykonawców, ponieważ zasady oceny zaistnienia podstaw wykluczenia i odrzucenia ofert winny być takie same dla każdego z wykonawców w Postępowaniu. Tymczasem wkluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty przy równoczesnym wyborze oferty Jarper sp. z o.o. oraz zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty przeczą tej zasadzie. Ponadto Zamawiający zaniechał weryfikacji, czy wykluczenie Odwołującego nie jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności wskazaną w art. 109 ust. 3 Pzp oraz art. 16 pkt 3 Pzp. Odwołujący wskazuje, że choć w jego ocenie okoliczności te winny zostać zbadane przez KIO w postępowaniu odwoławczym KIO 1733/24 przy rozpoznawaniu zarzutów odwołania Jarper sp. z o.o., ponieważ KIO uznała, że zaszyły okoliczności uzasadniające wykluczenie i niezasadne było wskazanie kognicji Zamawiającego w tym zakresie w okolicznościach tamtego postępowania odwoławczego (Odwołujący był wykonawcą wybranym, zatem okoliczności objęte postępowaniem odwoławczym nie były uprzednio badane), to nawet zgodnie z wyrokiem KIO 1733/24 Zamawiający powinien był taką analizę przeprowadzić, skoro wedle twierdzenia KIO należy to do czynności Zamawiającego, a Zamawiający posiadał wiedzę o ustaleniach poczynionych przez KIO w zakresie podstaw wykluczenia. Zaniechanie takiej weryfikacji oznaczało zatem, że w stosunku do Odwołującego nie została ona wcale zastosowana, pomimo że taka weryfikacja była niezbędna. Skutkiem tego było bezzasadne wykluczenie i odrzucenie oferty Odwołującego. Brak jest przesłanek, dla których Zamawiający miałby być z takiej weryfikacji zwolniony. Zaniechanie to pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia oraz zysku z jego wykonania, ponieważ przy prawidłowym działaniu Zamawiającego Odwołujący nie powinien zostać wykluczony a jego oferta odrzucona. Odwołujący kwestionuje w odwołaniu wykluczenie i odrzucenie jego oferty, co dodatkowo potwierdza istnienie po jego stronie interesu we wniesieniu odwołania i możliwość poniesienia szkody.

Powyższe rozumienie przesłanek skutecznego wniesienia odwołania znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (...)

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W odwołaniu wniesionym 17 maja 2024 r. Jarper zarzucił Zamawiającemu w szczególności następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c p.z.p. przez dokonanie wyboru oferty

wykonawcy HETMAN sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo iż wykonawca naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska i wobec którego wydano ostateczne decyzje administracyjne o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska i wymierzono tymi decyzjami administracyjne kary pieniężne, a to: (...)

5) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe HETMAN sp. z o.o. z postępowania i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie tego, że nie podlega wykluczeniu z postępowania i zataił przed Zamawiającym co najmniej informacje o tym, że: (...) w tych okolicznościach wykonawca, będący profesjonalistą ubiegającym się o zamówienie publiczne, powinien mieć świadomość, iż okoliczności dotyczące stwierdzenia ww. decyzjami i orzeczeniami naruszeń w zakresie gospodarowania odpadami, mają istotne znaczenie w kontekście oceny, czy nie podlega on wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia i tym samym, kierując się zasadą przejrzystości i lojalności wobec Zamawiającego winien był przedstawić informację o wydaniu ww. decyzji, zatem podanie przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowe HETMAN sp. z o.o. informacji niezgodnych z rzeczywistością musi być ocenione co najmniej jako przejaw niedbalstwa.

Wyrokiem z 10 czerwca 2024 r. sygn. akt KIO 1733/24 Izba uwzględniła powyższe odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych numerami 1 oraz 5 i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a w wyniku ponownej oceny ofert wykluczenie Przedsiębiorstwa Usługowego „Hetman” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i odrzucenie jego oferty.

Powyższe okoliczności wynikają wprost z powyżej przywołanego wyroku i jego uzasadnienia, a przy tym w świetle przytoczonego powyżej *in extenso* wyводу Odwołującego należy uznać, że nie są sporne.

Z art. 528 ustawy pzp wynika, że Izba odrzuca odwołanie m.in. w następujących sytuacjach:

- odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu [pkt 5 *in principio*];
- odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony [pkt 2], przy czym z art. 527 ustawy pzp wynika, że na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej;

Jak trafnie wskazuje się w doktrynie za orzecnictwem, z art. 528 pkt 5 pzp wynika przedmiotowa negatywna przesłanka procesowa, która wiąże się z zasadą koncentracji postępowania odwoławczego i oznacza, że dana czynność zamawiającego nie może być dwukrotnie zaskarżana przez wykonawcę. Innymi słowy art. 528 pkt 5 pzp reguluje instytucję związania ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania wszystkich wykonawców, którzy mają możliwość przyłączenia się do odwołania. Konsekwencją powyższego unormowania jest obowiązek odrzucenia na posiedzeniu niejawnym odwołania, które dotyczy czynności zamawiającego, dokonanej zgodnie z treścią wyroku Izby [zob. *P. Granecki, I. Granecka*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021 i powołane tam postanowienia Izby, w tym z 4 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 160/11 i 9 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 157/11].

Normy przywołanych wyżej przepisów ustawy pzp obejmują czynności wykonane przez zamawiającego na skutek wyroku Izby, aby uniemożliwić wystąpienie w obrocie sytuacji ponownego orzekania w tej samej instancji o tym samym. Artykuł 528 pkt 5 i art. 527 ustawy pzp stanowią urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), która ma zapobiegać ponownemu prowadzeniu sporu w tej samej sprawie [zob. uzasadnienie postanowienia Izby z 15 lutego 2021 r. sygn. akt KIO 317/21].

W konsekwencji Odwołujący, który jako przystępujący po stronie Zamawiającego przegrał poprzednią sprawę, może kwestionować niekorzystny dla niego wyrok Izby wyłącznie w drodze postępowania skargowego, z czego najwyraźniej doskonale zdaje sprawę. Niedopuszczalna jest natomiast sytuacja kwestionowania tego samego orzeczenia zarówno w drugiej instancji, jak i ponownie w pierwszej instancji. Odwołującego należy wręcz poczytać za podmiot nieuprawniony do kwestionowania wykluczenia go przez Zamawiającego, który wykonał tę czynność zgodnie z treścią przywołanego powyżej wyroku. Stąd odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 i 5 w zw. z art. 527 ustawy pzp.

Z kolei według art. 505 ust. 1 ustawy pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale [IX, gdzie mowa jest o odwołaniu właśnie oraz skardze na orzeczenia Izby do sądu powszechnego] 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.

Stąd, jak jednolicie jest to postrzegane w doktrynie i orzecnictwie, dla skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej nie jest wystarczające zaliczanie się do jednej z kategorii podmiotów wymienionych w art. 505 ust. 1 pzp. Każdy z podmiotów korzystających ze środków ochrony prawnej uregulowanych w ustawie pzp musi także bowiem wykazać kumulatywnie, że: po pierwsze – ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie, po drugie –

poniósł lub może ponieść szkodę, po trzecie – ta szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp, czyli zachodzi pomiędzy nimi tzw. adekwatny związek przyczynowy. Innymi słowy konieczne jest wykazanie przez taki podmiot, że dzięki łącznemu spełnieniu tych tzw. materialnoprawnych przesłanek wniesienia środka ochrony prawnej jest do tego legitymowany (legitymacja czynna). Przy czym ukształtowała się tradycja, że każdy przypadek braku kumulatywnego zajścia powyższych przesłanek określany jako braku po stronie wnoszącego odwołanie interesu w jego wniesieniu, co jest pewnym uproszczeniem.

W doktrynie i orzecznictwie nie budzi również wątpliwości, że organ orzekający ocenia legitymację czynną danego podmiotu na moment wniesienia środka ochrony prawnej wyłącznie na podstawie informacji zawartych w odwołaniu lub skardze. Reprezentatywny w tej kwestii jest następujący wywód zawarty w uzasadnieniu wyroku Izby z 3 stycznia 2024 r. sygn. akt KIO 3777/23): *Obowiązek wykazania posiadania legitymacji czynnej spoczywa na podmiocie korzystającym ze środka ochrony prawnej: „Odwołujący (...) 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 (wyr. KIO z 3.3.2022 r., 427/22, tak też wyr. KIO z 26.10.2020 r., KIO 2193/20, KIO 2196/20, KIO 2198/20).*

W ocenie Izby w przytoczonej powyżej *in extenso* części odwołania zatytułowanej „Interes i szkoda” Odwołujący nie wykazał, że przysługuje mu legitymacja do zaskarżenia czynności i zaniechań Zamawiającego objętych zarzutami odwołania, gdyż w ogóle nie odniósł się w ogóle do tego, czy i w jaki sposób podnoszony tam interes i szkoda pozostają w związku przyczynowym.

Znajdująca na gruncie art. 505 ust. 1 pzp zastosowanie charakterystyczna dla prawa cywilnego teoria adekwatnego związku przyczynowego oznacza, że dla istnienia legitymacji czynnej konieczne jest, aby zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom Prawa zamówień publicznych, czego normalnym następstwem jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody. Normalne następstwo to zdarzenie typowe, spodziewane w zwykłej kolejności zdarzeń, które z reguły z danej okoliczności wynika. Skoro szkoda wynikać ma z pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia publicznego, legitymacja czynna związana być musi ze stworzeniem dla wykonawcy ponownej szansy na uzyskanie zamówienia, której został pozbawiony wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. *Obowiązkiem odwołującego jest więc wykazanie, że zarzucane zamawiającemu uchycenia skutkują w normalnym biegu zdarzeń poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody przez odwołującego. Następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia (por. wyr. KIO z 9.9.2010 r., KIO/UZP 1881/10; wyr. KIO z 22.11.2012 r., KIO 2396/12; wyr. KIO z 2.10.2012 r., KIO 1989/12; wyr. KIO z 8.5.2012 r., KIO 829/12; wyr. KIO z 26.3.2012 r., KIO 495/12). Powyższe rozumienie normalnego związku przyczynowo-skutkowego znajduje oparcie także w stanowisku SN, który w uzasadnieniu wyr. z 19.6.2008 r. (V CSK 18/08) wskazał m.in., że następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia (z uzasadnienia wyroku Izby z 4 grudnia 2015 r. sygn. akt KIO 2533/15) [M. Śledziwska (red.), Proces udzielania zamówień publicznych. Komentarz praktyczny z orzecznictwem, Wyd. 2, Warszawa 2024].*

Tymczasem Odwołujący przeszedł do porządku dziennego nad obowiązkiem wykazania, że niemożność uzyskania przez niego zamówienia pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z zarzucanymi w niniejszej sprawie naruszeniami przepisów ustawy pzp, czyli jest normalnym następstwem czynności lub zaniechań Zamawiającego, których dotyczy odwołanie. Otóż o ile nieuzyskanie przez Hetmana tego zamówienia jest normalnym następstwem odrzucenia jego oferty i wykluczenia go z postępowania przez Zamawiającego, o tyle akurat w tym zakresie odwołanie podlega odrzuceniu, co czyni bezprzedmiotowym rozważanie w tym zakresie legitymacji Odwołującego. Z kolei aktualny wybór najkorzystniejszej oferty jest konsekwencją tego, że Hetman, którego oferta jest najkorzystniejsza według kryteriów oceny ofert, podlegał wykluczeniu, a w konsekwencji jego oferta odrzuceniu. Tym samym nie można powiedzieć, że poniesiona przez Odwołującego szkoda w postaci nieuzyskania tego zamówienia pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z zaniechaniem wykluczenia J. i odrzuceniem jego oferty. Gdyby Hetman nie został wykluczony a jego oferta odrzucona, to właśnie z nim zostałaby bowiem zawarta umowa w sprawie tego zamówienia publicznego. Innemu słowu wyłącznie te czynności Zamawiającego, od których Odwołujący nie może się już odwołać do Izby, stanowią *conditio sine qua non* nieuzyskania przez niego tego zamówienia. Odwołujący zdaje się zresztą doskonale zdawać sobie sprawę z istnienia powyższych uwarunkowań, skoro zadeklarował w odwołaniu wniesienie skargi na wyrok Izby, który nakazał Zamawiającemu podjęcie tych czynności, i następnie faktycznie taką skargę wniósł.

Natomiast w kontekście legitymacji czynnej Odwołującego w rozpoznawanej sprawie nie ma żadnego znaczenia, że wspomniane wniesienie skargi od rozstrzygnięcia przez Izbę poprzedniego odwołania nie wstrzymuje postępowania o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji zawarcia umowy z innym wykonawcą. Warto przy tym zauważyć, że nawet w przypadku wniesienia odwołania, które co do zasady uniemożliwia zawarcie umowy przed jego rozstrzygnięciem, ów zakaz może zostać uchylony przez Izbę na wniosek zamawiającego. W takim przypadku, podobnie jak to jest w razie wniesienia skargi na orzeczenie Izby, które nie tamuje z mocy prawa zawarcia umowy, może okazać się, że pomimo zasadności wniesionego środka ochrony prawnej wykonawca nie uzyskuje zamówienia, a Izba czy Sąd Zamówień Publicznych orzeka tylko o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy pzp. Wyważenie w taki, a nie inny sposób interesów – z jednej strony wykonawcy szukającego ochrony prawnej, z drugiej zamawiającego zmiernego do zaspokojenia swoich potrzeb dzięki nabyciu określonych dóbr czy usług – przez ustawodawcę nie mieści się w płaszczyźnie badania legitymacji do wniesienia środka ochrony prawnej. Podobnie jak to, czy Sąd Zamówień Publicznych, biorąc pod uwagę, że w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi co do zasady stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego {dalej: „kpc”} o apelacji, udzieli na wniosek wykonawcy skarżącego orzeczenie Izby zabezpieczenia w postaci zakazu zawarcia umowy do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia sporu w drugiej instancji. Przy czym jak wskazuje się w doktrynie, wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia może się starać zapobiec zawarciu umowy jedynie poprzez złożenie do sądu zamówień publicznych wniosku na podstawie art. 730¹ § 1 kpc o udzielenie zabezpieczenia poprzez ustanowienie zakazu zawarcia umowy lub wykonywania zobowiązań umownych do czasu rozstrzygnięcia skargi. Przy czym postępowanie zabezpieczające ma charakter pomocniczy i ma umożliwić w przyszłości osiągnięcie celów postępowania skargowego dzięki utrzymaniu istniejącego stanu rzeczy bądź tymczasowego unormowania stosunków między stronami. Dopuszczalność wniosku o udzielenie zabezpieczenia roszczenia dochodzonego w postępowaniu skargowym nie powinna budzić wątpliwości zwłaszcza w świetle zobowiązań Polski wynikających z dyrektyw odwoławczych, których celem jest wprowadzenie skutecznych środków ochrony prawnej [Aleksandra Sołtyśńska, Prawo do sądu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zagadnienia wybrane, Kwartalnik PZP 2022, nr 2]. W tym kontekście logika rozumowania zaprezentowanego w odwołaniu prowadziła by paradoksalnie do uzależnienia istnienia legitymacji Odwołującego w niniejszej sprawie od tego, czy Sąd Zamówień Publicznych udzieliłby Hetmanowi skarżącemu poprzedni wyrok Izby zabezpieczenia w postaci zakazu zawarcia umowy do czasu, gdy zapadnie prawomocne rozstrzygnięcie co do zasadności jego wykluczenia.

Abstrahując od tego, że aktualnie w orzecznictwie Izby zdaje się dominować zapatrywanie o braku po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana, legitymacji do wnoszenia, niejako na wszelki wypadek, odwołania na zaniechania zamawiającego dotyczące niżej sklasyfikowanych ofert, nic nie wnosi do niniejszej sprawy powoływanie się na stanowisko przeciwnie. Nie sposób jednak nie zauważyć, że jeżeli Odwołujący rzeczywiście je podziela, mógł wnieść odwołanie, gdy jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. A nawet powinien, skoro wszystkie oprócz jednego zarzuty podnoszone przeciwko Jarperowi oparte są istniejące już wówczas okoliczności faktyczne. Przede wszystkim wywiedziona przez Odwołującego zależność (skoro dopuszcza się skargę przez wybranego wykonawcę ofert wykonawców niżej sklasyfikowanych, tym bardziej nie można Odwołującemu odmówić możliwości zakwestionowania wyboru oferty Przystępującego), nie stanowi żadnego, nawet *quasi* logicznego, rozumowania prawniczego. Ma natomiast charakter wyłącznie perswazyjny jako kolejny przejaw towarzyszącego Odwołującemu subiektywnego poczucia niesprawiedliwości. Kładąc nacisk wyłącznie na interesu i szkodę w oderwaniu od siebie Odwołujący ponownie umyka przed wykazaniem, w jaki sposób miałby zachodzić pomiędzy nimi adekwatny związek przyczynowy.

Zamiast tego Odwołujący zupełnie odchodzi od kwestii przysługiwania mu legitymacji do wniesienia niniejszego odwołania, kiedy ocenia, że w poprzedniej sprawie Izba zaniechała rozważenia, czy jego wykluczenie jest proporcjonalne, z czego wywodzi, że dokonanie tej czynności przez Zamawiającego w wykonaniu zapadłego wyroku i wybór oferty Przystępującego (zamiast wykluczenia go z postępowania) stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Tego typu enuncjacje, stanowiące wyraz subiektywnego poczucia niesprawiedliwości Odwołującego, wskazują na oczywiście błędne wywodzenie legitymacji do wniesienia odwołania w niniejszej sprawie z niekorzystnego wyniku poprzedniej sprawy odwoławczej, gdyż potwierdzają omówione powyżej niewykazanie adekwatnego związku przyczynowego. Umyka przy tym Odwołującemu, że podnoszona przez niego zasada dotyczy prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a nie kwestii legitymacji do odwołania się od czynności prowadzącego takie postępowania, który miałby tę zasadę naruszyć. Z kolei rozpatrywanie takiego zarzutu może nastąpić dopiero po przesądzeniu kwestii przysługiwania takiej legitymacji. Przede wszystkim w okolicznościach tej sprawy Odwołujący przechodzi do porządku dziennego nad tym, że zasadność jego wykluczenia może być już przedmiotem rozpoznania wyłącznie w drugiej, a nie ponownie w pierwszej, instancji. Natomiast wynikające z przegrania poprzedniego postępowania odwoławczego subiektywne poczucie niesprawiedliwości, związane z tym, że Przystępujący może uzyskać zamówienie zanim zakończy się poprzednia sprawa w drugiej instancji, jest prawnie

irrelevantne przy badaniu, czy obiektywnie Odwołującemu przysługuje legitymacja w niniejszej sprawie.

W orzecznictwie Izby ukształtowała się praktyka, że stwierdzenie braku legitymacji do wniesienia odwołania prowadzi do jego oddalenia, a nie jest przesłanką formalną skutkującą odrzuceniem odwołania na podstawie *de lege lata* art. 528 pkt 2 ustawy pzp, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. Jednocześnie skutkuje oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu. Trafność tego stanowiska, uzasadnionego chociażby względami ekonomiki procesowej, już dawno została potwierdzona w orzecznictwie drugiej instancji na tle analogicznej regulacji zawartej w poprzedniej ustawie pzp z 2004 r.: *... prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego. (...) W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu* [zob. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z 5 maja 2008 r. sygn. akt IX Ga 44/08]. Wydaje się, że nie budzi ono również zastrzeżeń w doktrynie, przynajmniej w aspekcie zbędności merytorycznego rozpoznawania poszczególnych zarzutów odwołania.

Wypada również zauważyć, że wbrew ocenie wyrażonej w podsumowaniu własnego stanowiska, jako całość nie znajduje ono oparcia w następnie zacytowanych [na str. 6-8 odwołania] obszernych częściach uzasadnień wyroków Izby. Wszystkie dotyczą bowiem li tylko kwestii legitymacji czynnej wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do wniesienia jednoczesnego odwołania w sytuacji, gdy wybór ten jest kwestionowany przez innego wykonawcę, czyli układu procesowego, który mógł potencjalnie zaistnieć jedynie w poprzedniej sprawie odwoławczej.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. i 2. sentencji. Kosztami postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożyły się: wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie złożonej faktury VAT), orzeczono w pkt 3. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437), obciążając nimi Odwołującego.