Sygn. akt: KIO 1719/24

WYROK

Warszawa, dnia **25 czerwca 2024 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2024 r. przez wykonawcę **Sygnity S.A. w Warszawie**,
w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Spraw Zagranicznych z siedzibą w Warszawie**
przy udziale:
1)uczestnika po stronie zamawiającego:
A.wykonawcy **Transition Technologies PSC S.A. w Łodzi**

orzeka:

1.**umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:**
- **a)zarzutu opisanego na stronie 27 odwołania w ppkt h dot. przypadku użycia (UC-016) znajdującego się w grupie zarzutów dot. nieuprawnionego braku odjęcia punktów ofercie wykonawcy Transition Technologies S.A. PSC w Łodzi,**
- **b)zarzutu opisanego na stronie 26 odwołania w ppkt e dot. przypadku użycia (UC-012), znajdującego się w grupie zarzutów dot. nieuprawnionego braku odjęcia punktów ofercie wykonawcy Transition Technologies S.A. PSC w Łodzi,**
- **c)zarzutu dotyczącego konieczności przyznania punktów ofercie Odwołującego Sygnity S.A. w Warszawie odnoszącego się do rozdziału 4.1.2 w LP.32 raportu z kontroli próbek zawartego w rozdziale odwołania "zaniżona ocena oferty Sygnity", poz. 1,**
- **d)zarzutów A, C, D dot. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Transition Technologies S.A. PSC w Łodzi zawartych w grupie zarzutów odwołania „konieczność odrzucenia oferty TT PSC";**

2.**w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Sygnity S.A. w Warszawie** i:
- 3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00** gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sygnity S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Transition Technologies S.A. PSC w Łodzi** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
- 3.2.zasądza od wykonawcy **Sygnity S.A. w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Transition Technologies S.A. PSC w Łodzi** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty wnoszącego sprzeciw poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1719/24

U z a s a d n i e n i e

Ministerstwo Spraw Zagranicznych z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem są usługi w zakresie procesu modyfikacji oprogramowania systemów konsularnych w Ministerstwie Spraw Zagranicznych i placówkach podległych Ministrowi Spraw Zagranicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12 lutego 2024 r., Dz.U. S: 30/2024, nr 87981-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 16 maja 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Sygnity S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16, art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia utajnionej części wyjaśnień wykonawcy Transition Technologies PSC S.A., zwanego dalej również „TT PSC" w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych w dniu 29 marca 2024 r. pomimo, że brak jest podstaw do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, a ponadto nie zostały spełnione przesłanki określone w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji umożliwiające

uznanie tych dokumentów za tajemnicę przedsiębiorstwa tego Wykonawcy,

2) art. 16 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TT PSC z uwagi na to, iż treść oferty przez niego złożonej jest sprzeczna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego w SWZ,

3) na wypadek nieuwzględnienia zarzutu określonego w pkt 2) powyżej - również art. 16 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy poprzez dokonanie czynności oceny ofert niezgodnie z kryteriami opisanymi w SWZ, czego skutkiem było pozbawienie go co najmniej 2,15 punktu w łącznej ocenie oferty Sygnity oraz zawyżenie łącznej oceny oferty TT PSC o co najmniej 8,15 punktu.

Odwołujący na wypadek wniesienia a następnie ewentualnego uwzględnienia odwołania przez TT PSC, którego skutkiem mogłoby być unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez niego, wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonej przez TT PSC,

2) odrzucenia oferty złożonej przez TT PSC z przyczyn szczegółowo opisanych w uzasadnieniu odwołania,

3) w przypadku nieuwzględnienia żądania z pkt 2) - obniżenie oceny przyznanej ofercie TT PSC i jednocześnie podwyższenie oceny swej oferty w ramach kryterium jakościowego na podstawie argumentacji i w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Argumentował, że co prawda na dzień wniesienia odwołania jego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza, tym niemniej nie jest wykluczone, że wykonawca TT PSC może skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej i – w przypadku uwzględnienia ewentualnego odwołania – doprowadzić do zmiany kolejności rankingu ofert. W tej sytuacji zaniechanie wskazania okoliczności będących podstawą odrzucenia ofert wykonawcy TT PSC lub konieczności odjęcia mu punktów może skutkować tym, iż znajdzie się on w sytuacji, gdzie z uwagi na upływ terminu nie będzie w stanie skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej w stosunku do tych okoliczności, co do których informację pozyskał już z chwilą dokonania pierwotnej oceny ofert. Taka sytuacja powoduje, że – zdaniem odwołującego - może ponieść szkodę polegającą na niemożności uzyskania zamówienia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z dnia 6 czerwca 2024 r. W odpowiedzi tej oświadczył, że uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie w zakresie zarzutu nr 1 (zaniechanie odtajnienia utajnionej części wyjaśnień wykonawcy Transition Technologies PSC S.A. w Łodzi w zakresie rażąco niskiej ceny).

Dodatkowo zamawiający w odpowiedzi oświadczył, że uwzględnia dodatkowo zarzuty w następującym zakresie:

1)Odnośnie do pkt. I. Odwołania ZANIŻONA OCENA OFERTY SYGNITY (s. 18 Odwołania), ppkt. 2. Zgodnc szacowania wstępnego oraz wymiarowania pełnego z Podręcznikiem COSMIC MSZ – nieuprawnione odjęcie punktów ofercie Sygnity (s.19).

a)zarzut dotyczący lp. 1 w rozdziale 4.1.3 dokumentu Raport_z_kontroli_Probek-MSZ-17042024-sig.pdf (dalej „Raport")

b)zarzut dotyczący lp. 2 w rozdziale 4.1.3 Raportu

2)Odnośnie do pkt. II. ZAWYŻONA OCENA OFERTY TT PSC (s. 20 Odwołania), ppkt. 2. Zgodność szacowar wstępnego oraz wymiarowania pełnego z Podręcznikiem COSMIC MSZ – nieuprawniony brak odjęcia punktów ofercie TT PSC (s.23)

a)zarzut dotyczący Przypadku użycia UC-011 Zaktualizowanie statystyki podróży (lit. d)

Podpunkt 2 (utworzenie obiektu)

Utworzenie obiektu w pamięci operacyjnej oprogramowania powinno być liczone jako przesunięcie typu R, zgodnie z Podręcznikiem Wymiarowania COSMIC MSZ, rozdział 6.

b)zarzut dotyczący Przypadku użycia UC-012 Przeglądnięcie listy projektów wiadomości (lit. e)

c)zarzut dotyczący Przypadku użycia UC-014 Usunięcie projektowanej wiadomości (lit. f)

Podpunkt 1 (Nieprawidłowe przesunięcie E 'Triggering Entry')

W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, pismach i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1719/24 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Transition Technologies PSC S.A. w Łodzi Wniósł sprzeciw wobec częściowego uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. W pismach i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania zamawiającego, raport z kontroli próbek,

zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, , jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że przedmiotem zamówienia są usługi w zakresie procesu modyfikacji oprogramowania systemów konsularnych w Ministerstwie Spraw Zagranicznych i placówkach podległych Ministrowi Spraw Zagranicznych.

Następnie ustalono, że 6 maja 2024 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał w zawiadomieniu, że wykonawcy otrzymali następującą punktację:

L.p.	Wykonawca	Punkty w kryterium „cena”	Punkty w Kryterium techniczno-jakościowe próbki (PJ)	Łącznie punkty
1.	Odwołujący II	56,74	35,85	92,59
2.	Przystępujący TT PSC	60,00*	26,62	86,62

(por. zawiadomienie zamawiającego, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie:

a)zarzutu opisanego na stronie 27 odwołania w ppkt h dot. przypadku użycia (UC-016) znajdującego się w grupie zarzutów dot. nieuprawnionego braku odjęcia punktów ofercie wykonawcy Transition Technologies S.A. PSC w Łodzi,

b)zarzutu opisanego na stronie 26 odwołania w ppkt e dot. przypadku użycia (UC-012), znajdującego się w grupie zarzutów dot. nieuprawnionego braku odjęcia punktów ofercie wykonawcy Transition Technologies S.A. PSC w Łodzi,

c)zarzutu dotyczącego konieczności przyznania punktów ofercie Odwołującego Sygnity S.A. w Warszawie odnoszącego się do rozdziału 4.1.2 w LP.32 raportu z kontroli próbek zawartego w rozdziale odwołania "zaniżona ocena oferty Sygnity”, poz. 1,

d)zarzutów A, C, D dot. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Transition Technologies S.A. PSC w Łodzi zawartych w grupie zarzutów odwołania „konieczność odrzucenia oferty TT PSC”;

W trakcie posiedzenia Izby w dniu 7 czerwca 2924 r, odwołujący cofnął odwołanie w zakresie zarzutu dot. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego TT PSC w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu na stronie 8-17 odwołania, za wyjątkiem zarzutu z pkt (B) opisanego na stronie 12, 13 i częściowo 14 odwołania.

W piśmie procesowym z 17 czerwca 2024 r. odwołujący oświadczył, iż wycofuje dodatkowo:

– zarzut dot. przypadku użycia (UC-012) opisany wśród zarzutów dotyczących konieczności odjęcia TT PSC dodatkowych 2,5 pkt pod poz. e) na str. 21 odwołania. Po dokonaniu dodatkowej analizy Odwołujący przychyla się do stanowiska Zamawiającego, iż stwierdzone tu błędy spowodowały już odjęcie punktów Przystępującemu,

– zarzut dot. konieczności przyznania punktów ofercie Odwołującego odnoszący się do rozdziału 4.1.2 w lp. 32 Raport_z_kontroli_Probek-MSZ-17042024-sig.pdf (Rozdział odwołania „Zaniżona ocena oferty Sygnity” poz. 1).

Dodatkowo w trakcie posiedzenia Izby w dniu 21 czerwca 2024 r. odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie także w zakresie zarzutu opisanego na stronie 27 odwołania w ppkt h dot. przypadku użycia (UC-016) znajdującego się w grupie zarzutów dot. nieuprawnionego braku odjęcia punktów ofercie Przystępującego Transition Technologies PSC.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutów.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*.

Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w ww. częściach. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już odwołania w ww. zakresie, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści

uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

W pozostałej części odwołanie podlegało oddaleniu.

Kolejno Izba uznała, że odwołujący nie wykazał przesłanek do wniesienia odwołania wynikających z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, *środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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.*

Ustalono, że 6 maja 2024 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, zaś oferta przystępującego TT PSC została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą odwołującego. W odwołaniu odwołujący domagał się unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez niego, wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonej przez TT PSC,

2) odrzucenia oferty złożonej przez TT PSC z przyczyn szczegółowo opisanych w uzasadnieniu odwołania,

3) w przypadku nieuwzględnienia żądania z pkt 2) - obniżenia oceny przyznanej ofercie TT PSC i jednocześnie podwyższenia oceny swej oferty w ramach kryterium jakościowego na podstawie argumentacji i w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania.

Uzasadniając swoją legitymację do wniesienia odwołania odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Argumentował, że co prawda na dzień wniesienia odwołania jego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza, tym niemniej nie jest wykluczone, że wykonawca TT PSC może skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej i – w przypadku uwzględnienia ewentualnego odwołania – doprowadzić do zmiany kolejności rankingu ofert. W tej sytuacji zaniechanie wskazania okoliczności będących podstawą odrzucenia ofert wykonawcy TT PSC lub konieczności odjęcia mu punktów może skutkować tym, iż znajdzie się on w sytuacji, gdzie z uwagi na upływ terminu nie będzie w stanie skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej w stosunku do tych okoliczności, co do których informację pozyskał już z chwilą dokonania pierwotnej oceny ofert. Taka sytuacja powoduje, że – zdaniem odwołującego - może ponieść szkodę polegającą na niemożności uzyskania zamówienia.

Jak wskazał odwołujący, możliwości poniesienia szkody polegającej na utracie zamówienia publicznego upatrywał w ewentualnym wniesieniu i hipotetycznym uwzględnieniu odwołania na wybór jego własnej oferty jako najkorzystniejszej złożonego przez przystępującego TT PSC. A więc to nie zarzucane zamawiającemu w odwołaniu naruszenia ustawy Pzp pozostawały w związku ze szkodą polegającą na utracie zamówienia publicznego grożącą odwołującemu, ale działania innego wykonawcy, sklasyfikowanego na drugim miejscu, który wniósłby ewentualne skuteczne odwołanie wobec czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uszło uwadze odwołującego, że środkiem prawnym służącym wykonawcy do obrony przed odwołaniem innego wykonawcy jest zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, o którym mowa w art. 525 ustawy Pzp. Wykonawca może przystąpić do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania przez innego wykonawcę po stronie zamawiającego i w postępowaniu odwoławczym jako uczestnik postępowania bronić statusu swej oferty z którego to prawa zresztą odwołujący skorzystał, przystępując do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1716/24.

Wystąpienie szkody, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, nie może być rozpatrywane hipotetycznie, w zależności od tego, czy inny wykonawca uczestniczący w postępowaniu złożył odwołanie, które może podważyć dotychczasowy wynik postępowania. Dopiero jeżeli w wyniku rozpatrzenia takiego odwołania wynik ten uległby zmianie na skutek nowej czynności zamawiającego, po stronie wykonawcy, którego wybór oferty został unieważniony, występuje realna szkoda. Izba stoi na stanowisku, że legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej rodzi się dopiero w chwili, gdy wykonawca jest w pozycji zagrożonej, a nie zwycięskiej. W przypadku, gdy oferta wykonawcy została wybrana, nie jest on w stanie wykazać przesłanki poniesienia szkody. Jakakolwiek szkoda mogłaby powstać wyłącznie w przypadku przyszłych czynności zamawiającego, które mają charakter czysto hipotetyczny i o których nie było wiadomo, czy w ogóle nastąpią. Szkodę, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno zaistniałą jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wnoszenia odwołania. Przez możliwość poniesienia szkody nie można natomiast rozumieć możliwości, która dopiero mogłaby powstać w hipotetycznym przypadku dokonania nowych czynności, czy to na mocy wyroku Izby, czy też z inicjatywy własnej zamawiającego. Przyjęcie stanowiska przeciwnego nie dałoby się pogodzić z racjonalnością i ekonomiką postępowania, prowadziłoby bowiem do przyznania legitymacji do

wnoszenia odwołań każdemu wykonawcy w każdej sytuacji (zawsze wykonawca mógłby się bowiem powołać na choćby teoretyczną możliwość wystąpienia zdarzeń, które będą godzić w jego interesy), a wówczas przepis art. 505 ust. 1 ustawy Pzp nie znajdowałby w praktyce zastosowania. Dopuszczenie korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana i podnoszenia zarzutów przeciwko wykonawcom, których oferty zostały odrzucone lub są mniej korzystne, stałoby w sprzeczności z ratio legis przywołanego wyżej przepisu. Ponadto przyjęcie tego poglądu niejako zmuszałoby każdorazowego wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do składania odwołań wobec oceny ofert sklasyfikowanych na miejscach dalszych niejako z ostrożności, pod rygorem uznania ewentualnego późniejszego odwołania, składanego wobec nowej czynności wyboru oferty innego wykonawcy, jako spóźnionego. Takiej praktyki nie da się pogodzić z zasadą ekonomiki postępowania odwoławczego, racjonalności systemu zamówień publicznych i systemu środków ochrony prawnej.

Zdaniem Izby, dopiero w sytuacji gdyby w wyniku ewentualnej, powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferta odwołującego utraciła status najkorzystniejszej, odwołującemu przysługiwać będzie legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej, gdyż będzie mógł powoływać się na grożącą mu realnie szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Skutkiem stwierdzenia braku legitymacji odwołującego do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, jest konieczność oddalenia odwołania, bez merytorycznego rozpoznania zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W tym zakresie podzielono stanowisko wyrażane już wcześniej w orzecznictwie Izby (por. przykładowo wyrok KIO sygn. akt 1374/19, wyrok KIO sygn. akt KIO 737/16, KIO 739/16, wyrok KIO 183/16, wyrok KIO sygn. akt: KIO 245/1 wyrok KIO sygn. akt KIO 305/15, wyrok KIO sygn. akt KIO 2777/13, wyrok KIO sygn. akt KIO 2295/12, KIO 2297/12, K 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2310/12, wyrok KIO sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/12, wyr KIO sygn. akt KIO 1256/20 i KIO 1260/20, wyrok KIO sygn. akt 498/21).

Stanowisko to jest prezentowane także w orzecznictwie sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny nad orzecznictwem Izby. Jak wskazał Sad Okręgowy w Gliwicach w uzasadnieniu wyroku z 9 stycznia 2015 r. (sygn. akt X Ga 343/14; niepubl.) *dopóki w ramach dokonanej oceny ofert oferta wykonawcy jest uznana za najkorzystniejsza, dopóty żadna z niżej sklasyfikowanych ofert nie może wyrządzić szkody. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, uzupełniająco wskazać należy, że w razie niekorzystnego dla niego wyniku powtórnej oceny ofert, nie ma podstaw, aby jego odwołanie zostało odrzucone na podstawie art. 189 ust 2 pkt 3 pzp jako wniesione po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp, gdyż o zaniechaniu odrzucenia oferty C. wiedział już uprzednio. Przesłanki odrzucenia odwołania nie mogą być rozpatrywane w oderwaniu od tego czy wykonawca, który nawet powziął informację o okolicznościach mogących stanowić o odstawę wniesienia odwołania, mógł skutecznie wnieść takie odwołanie z uwagi na art. 179 ust. 1 pzp. Odwołanie nie może zostać uznane za spóźnione, jeżeli uprzednio wykonawca nie był legitymowany do jego wniesienia, choćby z uwagi na brak po jego stronie szkody, gdyż jego oferta była wtedy uznana za najkorzystniejszą. W przypadku A., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, szkoda ta realnie wystąpi dopiero jeżeli w wyniku powtórzonych czynności wybrana zostanie oferta C*".

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia części odwołania. Z kolei orzeczenia Izby zawarte w pkt 1, 3 sentencji miały charakter formalny, gdyż dotyczyły odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem były postanowieniami. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1, 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia 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.* W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie stwierdzono zarzucanych naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

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.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, Izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika wnoszącego sprzeciw w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

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 przepisy § 8 ust. 2 pkt 3 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).

Przewodniczący:……