

POSTANOWIENIE

Warszawa, 13 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik
Aleksandra Kot
Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 13 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Alstom Polska spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ground Transportation System Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i DP System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi,

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Alstom Polska spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Alstom Polska spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) jako koszt Zamawiającego z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

2.2. zasądza od odwołującego Alstom Polska spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej 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:.....

.....

.....

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. „Zaprojektowanie i zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii kolejowej nr 8 (LCS Warszawa Okęcie i LCS Radom przewidzianego do realizacji w ramach Programu Fundusze Europejskie na Infrastrukturę, Klimat, Środowisko 2021-2027, (FENIKS)”, numer referencyjny: 9090/IREZA1/11699/03052/23/P.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 1

sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/S 146-467839.

22 kwietnia 2024 r. wykonawca Alstom Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

a) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ground Transportation Systems Polska sp. z o.o. i DP System sp. z o.o., mimo iż: oferta tego Wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „UZNK”); oferta została złożona przez podmiot podlegający wykluczeniu, bowiem Wykonawca podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, jak również na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 85 Pzp;

a w konsekwencji zaniechaniu unieważnienia Postępowania w sytuacji, w której wszystkie złożone w Postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu;

b) zaniechaniu wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej w Postępowaniu ceny za wykonanie zamówienia;

c) zaniechaniu wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie udowodnienia, że zaangażowanie GTS (podmiotu tworzącego konsorcjum Wykonawcy, będącego dostawcą urządzeń srk warstwy podstawowej znajdujących się na linii kolejowej objętej Postępowaniem) w przygotowanie Postępowania nie zakłóciło konkurencji w Postępowaniu;

a) zaniechaniu unieważnienia Postępowania w sytuacji, w której Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK w zw. z art. 255 pkt 2 Pzp w zw. z art. 362 Pzp zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp i art. 17 ust. 1-2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, mimo iż oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK, a w konsekwencji zaniechanie unieważnienia Postępowania w sytuacji, w której wszystkie złożone w Postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp w zw. z art. 255 pkt 2 Pzp w zw. z art. 362 Pzp zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp i art. 17 ust. 1-2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania, wobec przedstawienia przez GTS, co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, informacji wprowadzających Zamawiającego (a także Krajową Izbę Odwoławczą) w błąd co do:

- zapewnienia przez GTS na zasadach rynkowych współpracy z innymi podmiotami (wykonawcami) zainteresowanymi udziałem w Postępowaniu;
- zapewnienia przez GTS, iż przedstawi innym wykonawcom stosowne oferty czy zobowiązania dot. realizacji zakresu zamówienia możliwego do wykonania wyłącznie przez GTS (producenta urządzeń srk warstwy podstawowej),

co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj. na decyzję o braku konieczności dokonania zmian treści SWZ dot. zakresu zamówienia, który może wykonać wyłącznie producent urządzeń srk warstwy podstawowej (np. podziału zamówienia na części czy wyłączenia ww. zakresu do odrębnego zamówienia), wobec przekonania Zamawiającego o występowaniu warunków do uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, a w konsekwencji również wpływ na złożenie w Postępowaniu oferty wyłącznie przez Wykonawcę i brak złożenia ofert przez innych wykonawców i wynik Postępowania (wybór oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej), a w konsekwencji zaniechanie unieważnienia Postępowania w sytuacji, w której wszystkie złożone w Postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu;

3) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6) Pzp w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 255 pkt 2 Pzp w zw. z art. 362 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp i art. 17 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania wskutek zakłócenia konkurencji wynikającego ze złożenia tej oferty przez podmiot będący producentem urządzeń srk warstwy podstawowej znajdujących się na linii kolejowej objętej Postępowaniem (GTS - poprzednio: Thales Polska sp. z o.o.), a tym samym odpowiedzialny za przygotowanie Postępowania w zakresie warstwy podstawowej, dla której w ramach zamówienia objętego Postępowaniem ma następnie zostać wykonana „nakładka” w postaci systemu ERTMS/ETCS poziom 2, które to zakłócenie, w świetle:

• otrzymanych przez Zamawiającego zawiadomień od uczestników rynku branżowego (w tym Odwołującego), że pomimo deklaracji składanych na początkowym etapie Postępowania (w tym przed Krajową Izbą Odwoławczą), GTS nie przedstawił innym zainteresowanym Postępowaniem wykonawcom, w czasie odpowiednim, stosownych ofert lub

zobowiązania do współdziałania przy realizacji zamówienia;

- złożenia oferty w Postępowaniu wyłącznie przez Wykonawcę;

nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie Wykonawcy z udziału w Postępowaniu,

a w konsekwencji zaniechanie unieważnienia Postępowania w sytuacji, w której wszystkie złożone w Postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu;

4) art. 224 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 362 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp i art. 17 ust. 1 i 2 Pzp

poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej w Postępowaniu ceny za wykonanie zamówienia, w szczególności w odniesieniu do wyceny zakresu zaoferowanego w poz. 3.5 Rozbicia Ceny Ofertowej (dalej: RCO) złożonego wraz z ofertą, w sytuacji, gdy:

- cena zaoferowana przez Wykonawcę dla ww. zakresu jest wielokrotnie niższa aniżeli cena zaoferowana przez GTS za ten sam zakres innym uczestnikom rynku branżowego, w tym Odwołującemu, wskutek czego Zamawiający winien powziąć uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz prawidłowości skalkulowania ceny oferty przez Wykonawcę;

- cena całkowita zaoferowana przez Wykonawcę stanowi zaledwie 54,43% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, a tym samym zgodnie z art. 224 ust. 2 Pzp oferta podlegała obligatoryjnemu badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny i obligatoryjnemu wezwaniu do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, zaś wbrew stwierdzeniom Zamawiającego, utrwalonym w dokumentacji Postępowania, nie zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury badania Wykonawcy pod kątem rażąco niskiej ceny;

5) art. 85 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 362 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp i art. 17 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie podjęcia przez Zamawiającego odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział w Postępowaniu wykonawcy będącego producentem urządzeń srk warstwy podstawowej znajdujących się na linii kolejowej objętej Postępowaniem (GTS - poprzednio: Thales Polska sp. z o.o.; a tym samym odpowiedzialnego za przygotowanie Postępowania w zakresie warstwy podstawowej, dla której w ramach zamówienia objętego Postępowaniem ma następnie zostać wykonana "nakładka" w postaci systemu ERTMS/ETCS poziom 2), nie zakłóci konkurencji w Postępowaniu, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do udowodnienia, że ww. zaangażowanie wykonawcy nie zakłóciło konkurencji, w szczególności w sytuacji:

- otrzymania przez Zamawiającego zawiadomień od uczestników rynku branżowego (w tym Odwołującego), że pomimo deklaracji składanych na początkowym etapie GTS nie przedstawił innym zainteresowanym Postępowaniem wykonawcom, w czasie odpowiednim, stosownych ofert lub zobowiązania do współdziałania przy realizacji zamówienia;

- złożenia oferty w Postępowaniu wyłącznie przez Wykonawcę;

6) art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 362 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp i art. 17 ust. 1-2 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania, pomimo jego obarczenia niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przy czym Odwołujący wskazał, że zarzuty ad. 6.4-6.5 stanowią zarzuty formułowane jako ewentualne i powinny być rozpoznawane przez Izbę, gdyby zarzuty ad. 6.1, 6.2, 6.3, 6.6 nie zostały uwzględnione.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) W związku z zarzutem ad. 6.1 - nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty GTS jako najkorzystniejszej; ponowienia czynności badania i oceny ofert; odrzucenia oferty GTS; unieważnienia Postępowania;
 - 2) W związku z zarzutami ad. 6.2 i 6.3 - nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty GTS jako najkorzystniejszej; ponowienia czynności badania i oceny ofert; wykluczenia GTS z Postępowania i odrzucenia oferty GTS; unieważnienia Postępowania;
 - 3) W związku z zarzutem ad. 6.4 - nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty GTS jako najkorzystniejszej; ponowienia czynności badania i oceny ofert; wezwania GTS do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie wyliczenia ceny zaoferowanej w Postępowaniu, w szczególności w odniesieniu do wyceny zakresu zaoferowanego przez GTS w poz. 3.5 RCO;
 - 4) W związku z zarzutem ad. 6.5 - nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty GTS jako najkorzystniejszej; ponowienia czynności badania i oceny ofert; wezwania wykonawcy GTS do udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie Postępowania (wynikające z faktu bycia dostawcą urządzeń srk warstwy podstawowej) nie zakłóciło konkurencji w Postępowaniu.
- W związku z zarzutem ad. 6.6 - nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty GTS jako najkorzystniejszej; unieważnienia Postępowania.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego skutecznie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Ground Transportation System Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i DP System spółka z

ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi.

Zamawiający i Przystępujący złożyli wnioski o odrzucenie odwołania, przedstawiając w ich treści uzasadnienie faktyczne i prawne. Wnioski dotyczyły odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje. Odwołanie z 22 kwietnia 2024 r. podlega odrzuceniu z następujących powodów. Jest okolicznością bezsporną, że Odwołujący nie złożył oferty w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego dotyczy to odwołanie, a jedyną złożoną w tym postępowaniu jest oferta Przystępującego.

Przepis art. 528 ustawy Pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, gdyż z jednej strony art. 529 ust. 1 ustawy Pzp pozwala Izbie na odrzucenie odwołania już na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego, z drugiej strony według art. 530 ustawy Pzp w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, Izba kieruje sprawę na rozprawę.

Jedną z podstaw odrzucenia odwołania wynikającą z art. 528 pkt 2 ustawy Pzp jest okoliczność, zgodnie z którą odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Niewątpliwie ustalając, czy mamy do czynienia z wystąpieniem tej przesłanki odrzucenia odwołania, konieczne jest dokonanie analizy, czy podmiot wnoszący odwołanie wpisuje się w definicję wykonawcy wskazaną w treści art. 7 pkt 30 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadniając swoje prawo do wniesienia odwołania, Odwołujący argumentował, że jest wykonawcą w rozumieniu ww. przepisu ustawy. Odwołujący wskazał, że był zainteresowany złożeniem oferty w tym postępowaniu. Odwołujący wyjaśnił, że jest podmiotem profesjonalnym, który w ramach swojego przedsiębiorstwa specjalizuje się w realizacji zamówień takich jak objęte przedmiotem Postępowania - o czym świadczy chociażby fakt, iż Odwołujący [ówcześnie: spółka Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o.] złożył najkorzystniejszą ofertę w poprzednim postępowaniu dot. przedmiotowej linii kolejowej (okoliczność bezsporna), zaś w niniejszym Postępowaniu był jego aktywnym uczestnikiem, składającym pytania oraz odwołania, a także przystąpienia do postępowań odwoławczych wszczętych przez innych wykonawców (*vide* KIO 2383/23, KIO 2387/23, KIO 2597/23, KIO 2608/23). Odwołujący wskazał, że jest firmą działającą głównie w zakresie realizacji robót związanych ze sterowaniem ruchem kolejowym oraz dostawy urządzeń sterowania ruchem kolejowym. Tym samym, przedmiot zamówienia objętego tym postępowaniem jest zbieżny z działalnością prowadzoną przez Odwołującego. Według Odwołującego powyższe znalazło swój wyraz m.in. w ramach postępowania odwoławczego prowadzonego przez Izbę pod sygn. akt: KIO 2597/23 i KIO 2608/23, jak również w korespondencji prowadzonej przez niego, zarówno z Ground Transportation Systems Polska sp. z o.o. ,) co do pozyskania od tego podmiotu oferty koniecznej do sporządzenia oferty, jak i z Zamawiającym. W tym zakresie, uzasadniając posiadanie interesu we wniesieniu odwołania, Odwołujący wskazał na stan faktyczny sprawy opisany szczegółowo w pkt. 6 odwołania. Zdaniem Odwołującego na skutek opisanych tam nieprawidłowości został w sposób nieuprawniony pozbawiony możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu i tym samym możliwości uzyskania zamówienia oraz realnych korzyści finansowych z tytułu jego realizacji, a w konsekwencji na skutek opisanych w odwołaniu naruszeń poniesie szkodę. Odwołujący argumentował też obszernie, że wypełniona została materialnoprawna przesłanka wniesienia odwołania, o której mowa w art. 505 ustawy Pzp, tj. że ma lub miał interes we wniesieniu odwołania oraz poniósł lub może ponieść szkodę.

Izba nie kwestionuje obiektywnej możliwości realizacji przez Odwołującego tego rodzaju zamówień, jakich dotyczy to postępowanie. Jednak oceniając, czy odwołanie zostało wniesione przez podmiot do tego uprawniony, należy mieć na uwadze etap, na którym znajduje się postępowanie o zamówienie. Tylko na początkowym etapie, kiedy środki ochrony prawnej wnosi się na treść dokumentów zamówienia, w celu ustalenia, czy mamy do czynienia z podmiotem uprawnionym wystarczające jest wykazanie, że odwołujący „oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług”. Natomiast w sytuacji, gdy skarżone są czynności lub zaniechanie zamawiającego podjęte na późniejszym etapie postępowania, np. po terminie składania ofert, konieczne jest wykazanie przez odwołującego, że jest wykonawcą, który „ubiega się o udzielenie zamówienia lub złożył ofertę”. Przypomnienia również wymaga, że raz nabyty status wykonawcy może zostać następnie utracony na skutek różnych okoliczności, jakie mogą wystąpić w postępowaniu, w tym na skutek czynności lub zaniechań zamawiającego, wykonawcy, bądź na skutek okoliczności obiektywnych.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, Izba nie kwestionuje na wcześniejszym etapie postępowania udziału Odwołującego, który podejmował czynności zmierzające do wpłynięcia na treść dokumentów zamówienia przez udział, bądź inicjowanie postępowań odwoławczych. Niemniej na tym etapie postępowania, kiedy swój udział w nim należało potwierdzić złożeniem oferty, Odwołujący tego zaniechał. Okoliczność ta musi skutkować na

gruncie przywołanych przepisów ustawy Pzp wnioskiem, że Odwołujący nie jest wykonawcą w tym postępowaniu, mając na uwadze że postępowanie to aktualnie jest na etapie po czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Rozpoznając przedmiotową sprawę odwoławczą, Izba miała na uwadze treść orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE”), tj. wyroku z dnia 9 lutego 2023 r. sygn. akt C-53/22. W ocenie Izby przywołane orzeczenie zapadło w analogicznym stanie faktycznym, a stanowisko TSUE wprost znajduje zastosowanie w okolicznościach tej sprawy odwoławczej. Stan faktyczny, na kanwie którego zapadło powyższe orzeczenie był taki, że wykonawca zainteresowany udziałem w postępowaniu o zamówienie nie spełniał jednego z wymagań wskazanych w dokumentach zamówienia odnoszącego się do posiadania szczególnego zaświadczenia. Wykonawca ten wniósł skargę na ogłoszenie o zamówieniu, a sąd skargę tą oddalił. Następnie wyrok ten został podtrzymany wyrokiem organu wyższej instancji i stał się w związku z tym prawomocny. Wykonawca ten nie złożył oferty w postępowaniu. W postępowaniu złożone zostały oferty innych wykonawców, została wybrana oferta najkorzystniejsza, a podmiot który oferty nie złożył (a który bezskutecznie dążył na wcześniejszym etapie postępowania do zmiany dokumentów zamówienia) wniósł następnie skargę na tę decyzję. Zdaniem sądu odsyłającego, z uwagi na to, iż podmiot wnoszący skargę ostatecznie wykluczono z udziału w spornym postępowaniu w następstwie prawomocnego oddalenia jego skargi na odnośne ogłoszenie o przetargu, zgodnie z orzecznictwem sądów włoskich trzeba zasadniczo uznać, że nie ma on interesu w zaskarżeniu udzielenia odnośnego zamówienia (*vide* teza 17). Niemniej jednak sąd odsyłający, kierując się wyrokami TSUE: z dnia 4 lipca 2013 r. Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), z dnia 5 kwietnia 2016 r. PFE (C-689/13 EU:C:2016:199), a także z dnia 11 maja 2017 r. Archus i Gama (C-131/16, EU:C:2017:358) oraz z dnia 21 grudnia 2016 r. Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988), które wpłynęły na zmianę włoskiego orzecznictwa, powziął wątpliwość co do legitymacji skarżącego podmiotu.

Mając na uwadze treść zadanych przez sąd odsyłający pytań prejudycjalnych (*vide* teza 21), TSUE ustalił, że sąd odsyłający dążył do ustalenia, czy art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy w świetle reguł konkurencji prawa Unii interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu państwa członkowskiego, które nie zezwala wykonawcy, który nie mógł wziąć udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na to, że nie spełniał jednego z warunków udziału przewidzianych w odnośnym ogłoszeniu o przetargu, i którego skargę na uwzględnienie tego warunku w owym ogłoszeniu oddalono orzeczeniem, które uzyskało powagę rzeczy osądzonej, na zaskarżenie odmówienia przez odnośną instytucję zamawiającą uchylecia decyzji o udzieleniu tego zamówienia publicznego w związku z potwierdzeniem w orzeczeniu sądowym, że zarówno wybrany oferent, jak i wszyscy pozostali oferenci uczestniczyli w porozumieniu stanowiącym naruszenie reguł konkurencji w tym samym sektorze co sektor, którego dotyczyło postępowanie o udzielenie wspomnianego zamówienia publicznego (*vide* teza 28).

Z powyższego wynika analogia już w zakresie stanu faktycznego. Odwołujący bowiem był podmiotem zainteresowanym tym zamówieniem. Uczestniczył w postępowaniach odwoławczych (jako uczestnik tych postępowań bądź jako ich inicjator), postępowania te zakończyły się jednak prawomocnymi wyrokami (skargi na te wyroki nie zostały złożone), a Odwołujący nie złożył oferty w tym postępowaniu. Na aktualnym etapie postępowania Odwołujący jednak w drodze odwołania dąży do podważenia zasadności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz w konsekwencji dąży do unieważnienia tego postępowania o to zamówienie.

Następnie, kontynuując analizę wyroku TSUE C-53/22, wskazać należy, że w tezie 30 Trybunał wprost potwierdził, że państwa członkowskie nie są zmuszone do uczynienia procedur odwoławczych dostępnymi dla każdego, kto chce uzyskać zamówienie, tylko mogą wymagać, by chodziło o podmiot, który poniósł szkodę lub któremu grozi poniesienie szkody z racji podnoszonego naruszenia. Kluczowy jest wywód wskazany w tezie 31, gdzie Trybunał wskazał że udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia może co do zasady stanowić w ważny sposób, w świetle art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, przesłankę, której spełnienie jest wymagane do wykazania, że dany podmiot ma interes w uzyskaniu danego zamówienia lub że grozi mu poniesienie szkody z racji podnoszonego niezgodnego z prawem charakteru decyzji o udzieleniu tego zamówienia. W braku złożenia oferty taki podmiot raczej nie może wykazać, że ma interes w zakwestionowaniu tej decyzji lub że poniósł szkodę, lub może ją ponieść z racji udzielenia tego zamówienia.

Odnosząc się do powyższego wyводу, Izba wskazuje, że na gruncie ustawy Pzp nie jest możliwe interpretowanie art. 505 stanowiącego materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania w oderwaniu od przesłanek odrzucenia odwołania wskazanych w art. 528 (zaliczane do przesłanek formalnoprawnych wniesienia odwołania) oraz z pominięciem art. 7 pkt 30. Analiza w tym zakresie na gruncie tej sprawy odwoławczej została przez Izbę przeprowadzona powyżej w pierwszej części uzasadnienia.

Zarówno ta sprawa odwoławcza, jak i stan faktyczny, na tle którego zapadł przywołany wyrok C-53/22, dotyczą przypadku wykonawcy, który nie złożył oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż nie spełniał przewidzianego w odnośnym ogłoszeniu o przetargu warunku udziału, i który mógł zakwestionować uwzględnienie tego warunku w owym ogłoszeniu poprzez wniesienie na to ogłoszenie skargi, oddalanej orzeczeniem, które uzyskało powagę rzeczy osądzonej przed wydaniem decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia. W tej sprawie chodzi o wymóg współpracy z

wykonawcą, który zrealizował warstwę podstawową w innym postępowaniu. Ponadto Odwołujący nie skarżył niekorzystnych dla siebie wyroków Krajowej Izby Odwoławczej.

W konsekwencji TSUE wskazał, że nie można uznać, że taki wykonawca wchodzi w zakres pojęcia „podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665. (vide teza 34). Jednocześnie TSUE przesądził, że „Bez znaczenia jest w tym względzie okoliczność, że w międzyczasie wykonawca ten podjął niezbędne działania w celu spełnienia warunku postawionego w odnośnym ogłoszeniu o przetargu, tak że w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, w którym nie mógł on uczestniczyć, i zorganizowania ponownego postępowania w oparciu o te same wymogi mógłby on złożyć ofertę i uzyskać odnośne zamówienie” (vide teza 35). Nie sposób pominąć również uwag wskazanych w tezach 36 in., gdzie TSUE odnosi się do wcześniej zapadłych orzeczeń Trybunału i rozwiewa ewentualne wątpliwości co do sposobu ich rozumienia.

Odpowiadając na zadane pytanie prejudycjalne, TSUE w tezie 46 wyroku przesądził, że „(...) art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie uregulowaniu państwa członkowskiego, które nie zezwala wykonawcy, który nie mógł wziąć udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na to, że nie spełniał jednego z warunków udziału przewidzianych w odnośnym ogłoszeniu o przetargu, i którego skargę na uwzględnienie tego warunku w owym ogłoszeniu oddalono orzeczeniem, które uzyskało powagę rzeczy osądzonej, na zaskarżenie odmówienia przez odnośną instytucję zamawiającą uchylecia decyzji o udzieleniu tego zamówienia publicznego w związku z potwierdzeniem w orzeczeniu sądowym, że zarówno wybrany oferent, jak i wszyscy pozostali oferenci uczestniczyli w porozumieniu stanowiącym naruszenie reguł konkurencji w tym samym sektorze co sektor, którego dotyczyło postępowanie o udzielenie wspomnianego zamówienia publicznego.”

Reasumując, w ocenie Izby w okolicznościach tej sprawy Odwołujący nie posiada statusu wykonawcy na tym etapie postępowania. Mając na względzie definicję wskazaną w treści ustawy Pzp, pojęcie „wykonawca” oznacza podmiot aktywnie ubiegający się o uzyskanie zamówienia, tj. jeśli mowa o etapie postępowania odnoszącym się do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – podmiot z ważną ofertą, który nie został ostatecznie wyeliminowany z postępowania. Prawo wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej jest ściśle powiązane nie tylko z jego aktywnością przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia i na jego poszczególnych etapach, ale także z jego bieżącą sytuacją w postępowaniu, z uwzględnieniem poszczególnych etapów tego postępowania. Wykonawca, który nie złożył oferty w terminie traci więc przymiot podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia w rozumieniu ustawy Pzp. Dotyczy to również wykonawcy, który nie zaskarżył do sądu zamówień publicznych niekorzystnego dla niego wyroku Izby. Odwołanie wniesione przez takiego wykonawcę podlega więc odrzuceniu na podstawie ustawy Pzp, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Przywołana podstawa odrzucenia odwołania jest wystarczająca dla uznania, że odwołanie podlega odrzuceniu w całości. Niemniej jednak nie sposób pominąć, że w sprawie zastosowanie mają również podstawy odrzucenia wskazane w treści art. 528 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. W okolicznościach tej sprawy te podstawy się wzajemnie przenikają, stąd też Izba dokona ich wspólnej analizy. Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, odwołanie podlega odrzuceniu, jeśli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Natomiast pkt 4 stanowi, że odwołanie podlega odrzuceniu, jeśli odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego. W ocenie Izby Odwołujący tym odwołaniem zmierza do ponownego, tj. mimo zapadłego w połączonych sprawach KIO 2597/23, KIO 2608/23 prawomocnego wyroku, podważenia po terminie na wniesienie odwołania ocenionych już w drodze środka ochrony prawnej postanowień dokumentów zamówienia, które w jego ocenie uniemożliwiły mu pośrednio złożenie oferty w tym postępowaniu. W tym miejscu nie sposób pominąć, że Odwołujący nie skarżył niekorzystnych dla siebie wyroków Izby. Tym samym zyskały one powagę rzeczy osądzonej. Okoliczności faktyczne, na które Odwołujący powołuje się w treści odwołania nie mogą przesądzić o tym, że Odwołującemu niejako ponownie otwiera się termin na wniesienie odwołania w tym postępowaniu. Izba dostrzega, że Odwołujący zgromadził pewien materiał dowodowy, jednak ma też na uwadze, że Izba w wyroku sygn. akt KIO 2597/23, KIO 2608/23 zwróciła uwagę na zaniechania dowodowe Odwołującego w tym zakresie. Innymi słowy Izba w tamtym wyroku wskazała na brak aktywności dowodowej Odwołującego, który tego wyroku nie skarżył. Ponieważ wyrok ten stał się prawomocny, Izba w tej sprawie odwoławczej nie może uznać, że z uwagi na pozyskane dowody Odwołującemu otwiera się nowy termin na wniesienie odwołania. Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 nowej ustawy Pzp w zw. z § 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) – obciążając Odwołującego tymi kosztami w postaci uiszczonego przez niego wpisu od odwołania i zawnioskowanych przez Zamawiającego kosztów w kwocie 3617 zł 00 gr. Izba za

uzasadnione uznała zawnioskowane przez Zamawiającego koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, do wysokości wynikającej z rozporządzenia oraz koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictwa dla profesjonalnego pełnomocnika, ponieważ kluczowe stanowisko Zamawiającego zostało przedstawione w odpowiedzi na odwołanie sporządzonej przez tego pełnomocnika, a następnie podtrzymane przez niego podczas posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania.

Przewodnicząca:.....

.....

.....