Sygn. akt: KIO 877/24

WYROK

Warszawa, dnia 2 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Wojciechowska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 kwietnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2024 r. przez **wykonawcę Nasycalnia Podkładów sp. z o.o. z siedzibą w Pludrach** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. **Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Nasycalnia Podkładów sp. z o.o. z siedzibą w Pludrachi** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Nasycalnia Podkładów sp. z o.o. z siedzibą w Pludrach tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: ……..……..……..……..……..……...

Sygn. akt KIO 877/24

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zaproszenia do składania ofert o zawarcie umowy wykonawczej (nr 6060/ILG 7/03842/00904/24/P) w ramach umowy ramowej 60/011/0014/23/R/O z dnia 6 czerwca 2023 r. na *„Zagospodarowanie niebezpiecznych odpadów drewnianych o kodzie 17 02 04* Odpady drewna, szkła i tworzyw sztucznych zawierające lub zanieczyszczone substancjami niebezpiecznymi (np. drewniane podkłady kolejowe) odebranych z IZ Nowy Sącz*. Ogłoszenie o zamówieniu w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem OJ/S 2022/S 248-724466, nr postępowania o zawarcie umowy ramowej: nr 6060/ILG 7/20027/05636/22/P. Zaproszenie do składania ofert w postępowaniu o zawarcie umowy wykonawczej zostało skierowane do wykonawców w dniu 6 marca 2024 r.

W dniu 18 marca 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca Nasycalnia Podkładów sp. z o.o. z siedzibą w Pludrach – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia konsorcjum w składzie: Lidera Konsorcjum Bidbee sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach; Partner konsorcjum: PIERINGER RECYCLIN POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Chodzieży; Partner konsorcjum: „BAL” R.B. z siedzibą w Lublińcu; Partner konsorcjum VULCAR K.Ł. z siedzibą w Zbąszynku; Partner konsorcjum: VAMMUS sp. z o.o. z siedzibą w Żorach (zwana dalej Konsorcjum, Konsorcjum Bidbee) z udziału w niniejszym postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty z uwagi na niespełnianie warunków z SWZ, zawartej Umowy Ramowej nr 60/011/0014/23/R/O z dnia 6 czerwca 2023 r., OPZ, a co za tym idzie – warunków również tego postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub pkt 10 ustawy pzp w zw. z rozdz. X ust. 1 pkt 1 SWZ, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum Bidbee z postępowania, pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lub który zataił te informacje lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum Bidbee pomimo, iż Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, określonych w:

a) § 4 pkt 8 Umowy Ramowej nr 60/011/0014/23/R/O z dnia 06.06.2023 r. (str. 5), tj. warunku przedłożenia przez Wykonawcę dokumentów dotyczących międzynarodowego przemieszczania odpadów wynikających z przepisów prawa w terminie nie dłuższym niż 90 dni od zawarcia Umowy Ramowej, który upłynął z dniem 4 września 2023 r.,

b) § 8 pkt 14 Umowy Ramowej nr 60/011/0014/23/R/O z dnia 06.06.2023 r. (str. 11), tj. warunku posiadania przez Wykonawcę oraz podmioty, którymi Wykonawca będzie się posługiwał przy wykonaniu przedmiotu Zamówienia Cząstkowego wymaganych w SWZ i OPZ uprawnień, niezbędnych zezwoleń, pozwoleń i koncesji koniecznych do

realizacji przedmiotu Umowy Wykonawczej,

c) załączniku nr 2 do Umowy Ramowej – Opis Przedmiotu Zamówienia: dział 2, rozdział 2.2., ust. 2.2.2, pkt 2 ppkt 4) (str. 6), tj. warunku legitymowania się aktualną w okresie realizacji usługi, tj. przez cały czas trwania umowy, decyzją administracyjną zezwalającą na prowadzenie zbierania odpadów,

d) załączniku nr 2 do Umowy Ramowej – Opis Przedmiotu Zamówienia: dział 2, rozdział 2.2., ust. 2.2.2, pkt 2 ppkt 5) (str. 6), tj. warunku legitymowania się aktualną w okresie realizacji usługi, tj. przez cały czas trwania umowy, decyzją administracyjną zezwalającą na przetwarzanie odpadów w kraju lub równorzędną decyzją właściwą dla danego kraju na przetwarzanie odpadów poza granicami kraju;

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 16 i 17 ust. 2 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Bidbee pomimo, że wobec wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania;

ewentualnie, w przypadku uznania, że powyższy zarzut nr 1 jest niezasadny:

4. naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Konsorcjum Bidbee do wyjaśnień i/lub uzupełnienia oferty w zakresie warunków udziału w postępowaniu, tj. (1) przedstawienia przez wykonawcę wszystkich aktualnych decyzji dotyczących międzynarodowego przemieszczania odpadów wynikających z przepisów prawa w terminie nie dłuższym niż 90 dni od zawarcia Umowy Ramowej, oraz spełnienia warunków legitymowania się aktualną w okresie realizacji usługi, tj. przez cały czas trwania umowy (2) decyzją administracyjną zezwalającą na prowadzenie zbierania odpadów, oraz (3) decyzją administracyjną zezwalającą na przetwarzanie odpadów w kraju lub równorzędną decyzją właściwą dla danego kraju na przetwarzanie odpadów poza granicami kraju.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu: wykluczenia Wykonawcy – Konsorcjum Bidbee oraz odrzucenia jego oferty – zarówno w niniejszym postępowaniu, jak i pozostałych postępowań w ramach umowy ramowej.

Odwołujący w zakresie terminu na wniesienie odwołania wskazał, że zgodnie z zaproszeniem do składania ofert w niniejszym postępowaniu wykonawczym termin do ich złożenia minął w dniu 13 marca 2024 r. Odwołujący otrzymał wgląd do ofert w dniu 14 marca 2024 r. i dopiero wówczas miał możliwość zapoznania się ze złożoną ofertą Konsorcjum Bidbee oraz dołączonymi doń dokumentami, z których wynika, że Bidbee nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Niniejsze odwołanie jest zatem wnoszone zgodnie z treścią art. 515 ust. 3 pkt 1 ppkt a): odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W dniu 28 marca 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości z uwagi na przedwczesny i bezprzedmiotowy charakter odwołania, a także z uwagi na bezzasadność podniesionej przez Odwołującego argumentacji. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że Odwołujący uzasadnił interes we wniesieniu odwołania w następujący sposób: *„Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP, ponieważ spełnia wszystkie warunki udziału w niniejszym postępowaniu i złożył prawidłowo przygotowaną ofertę, co daje mu możliwość uzyskania zamówienia w toczącym się postępowaniu. Zamawiający natomiast, swoim działaniem lub zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy PZP. dopuszczając do postępowania Wykonawcę, który nie spełnia wszystkich warunków udziału, w istotny sposób utrudnia Odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia (vide: wyrok z dnia 05.04.2023 r., KIO 798/23). Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych wyżej przepisów ustawy PZP, albowiem niezgodne z przepisami ustawy PZP zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Bidbee oraz odrzucenie jego oferty niewątpliwie stawia Odwołującego w zagrożonej pozycji i uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia w ramach prowadzonego postępowania. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 lipca 2011 r. „Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez odwołującego zamówienia” (sygn. akt: KIO 1389/11). Z tego względu Odwołujący powinien zostać uznany za uprawnionego do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 505 ust.1 PZP.”*

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Bidbee sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach. Izba postanowiła nie dopuścić ww. Wykonawcy do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania z uwagi na brak interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której Wykonawca zgłosił przystąpienie. Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy pzp: *„Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje."* Izba zauważa, że oferta w postępowaniu o zawarcie umowy wykonawczej nie została złożona przez ww. Wykonawcę samodzielnie a przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: Bidbee sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (Lider), Partnerzy: PIERINGER RECYCLING POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Chodzieży, R.B. prowadzący działalno gospodarcza pod firmą „BAL" R.B. z siedzibą w Lublińcu, K.Ł. prowadzący działalność gospodarcza pod firmą VULCAF K.Ł. z siedzibą w Zbąszynku, VAMMUS sp. z o.o. z siedzibą w Żorach. Przystąpienie zostało więc złożone przez inny podmiot niż występujący w postępowaniu w charakterze wykonawcy. Z przystąpienia nie wynika, że wykonawca Bidbee sp. z o.o. składa przystąpienie w imieniu Konsorcjum. Zdaniem Izby wykonawca Bidbee sp. z o.o. samodzielnie nie posiada interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, taki interes mogłoby posiadać Konsorcjum, w ramach którego Bidbee sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach występował w postępowaniu.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba ustaliła w sprawie następujący stan faktyczny:

W przedmiotowym postepowaniu wykonawczym Zamawiający w dniu 6 marca 2024 r. skierował do Wykonawców, z którymi została zawarta umowa ramowa zaproszenie do składania ofert z terminem ich składania do dnia 13 marca 2024 r. Do wyznaczonego terminu oferty złożyli Odwołujący oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: Bidbee sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (Lider), Partnerzy: PIERINGER RECYCLING POLSKA z o.o. z siedzibą w Chodzieży, R.B. prowadzący działalność gospodarcza pod firmą „BAL" R.B. z siedzibą w Lublińcu, K.Ł. prowadzący działalność gospodarcza pod firmą VULCAR K.Ł. z siedzibą w Zbąszynku, VAMMUS sp. z o.o. z siedzibą w Żorach.

W rozpoznawanej sprawie bezsporna była okoliczność, że na dzień posiedzenia wyznaczonego z udziałem Stron, tj. 2 kwietnia 2024 r., Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu cząstkowym oraz że proces badania i oceny ofert jest w toku.

Mając na względzie ustalony stan faktyczny Izba oddaliła odwołanie z uwagi na przedwczesność podniesionych zarzutów (brak czynności Zamawiającego lub zaniechania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy) oraz niewykazanie przez Odwołującego materialnoprawnej przesłanki dopuszczenia odwołania. Izba w całości podzieliła argumentację Zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie odnośnie do przedwczesności odwołania.

Izba zauważa na wstępie, że odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania wykluczenia Konsorcjum Bidbee z postepowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 ustawy pzp, zaniechania odrzucenia oferty ww. Wykonawcy z uwagi na jej złożenie przez wykonawcę wykluczonego z postępowania, zaniechania odrzucenia oferty ww. Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy pzp, jako złożonej przez Wykonawcę wykluczonego z postępowania oraz pomimo, iż Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, ewentualnie zaniechania wezwania Konsorcjum Bidbee na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do wyjaśnień i/lub uzupełnienia oferty w zakresie warunków udziału w postępowaniu. Niewątpliwie czynności, których zaniechania dokonania podnosi Odwołujący są podejmowane przez zamawiającego jako gospodarza postępowania na etapie badania i oceny ofert. Zaznaczenia przy tym wymaga, że Odwołujący wniósł odwołanie w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia – zamówieniu wykonawczym, a zatem ewentualne czynności czy też zaniechania Zamawiającego muszą dotyczyć ww. postępowania cząstkowego, a nie postępowań wcześniejszych czy też przyszłych. Dlatego też argumentację Odwołującego dotyczącą kwestionowania czynności czy też zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej Izba uważa za spóźnioną, względnie wyłącznie wspierającą tezy o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy w obecnym postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawczego.

Podkreślić należy, że zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności

zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Asumptem zatem do wniesienia odwołania jest przekazanie przez zamawiającego informacji o czynności zamawiającego w postępowaniu, w której odwołujący się upatruje naruszenia przepisów ustawy pzp, gdyż dopiero z chwilą przekazania informacji dochodzi do uzewnętrznienia ostatecznych decyzji zamawiającego w postępowaniu. Dalej art. 516 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp reguluje wymaganą treść wnoszonego odwołania, które powinno zawierać wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy. Artykuł 513 stanowi natomiast, że odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czy też zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Nie ulega wątpliwości, że aby odwołanie przysługiwało postępowanie musi znajdować się na takim jego etapie, kiedy można stwierdzić, że zamawiający dokonał czynności z naruszeniem przepisów ustawy pzp bądź zaniechał jej dokonania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności prowadzący do wyboru najkorzystniejszej oferty, który kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem z tym, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu (art. 7 pkt 18 ustawy pzp). Zamawiający dokonuje zatem czynności w postępowaniu, które ostatecznie prowadzą do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W myśl art. 253 ustawy pzp znajdującego zastosowanie do postępowania cząstkowego w ramach umowy ramowej (art. 314 pkt 4 ustawy pzp) zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: wyborze najkorzystniejszej oferty, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne tych czynności. Powyższy obowiązek informacyjny należy powiązać w przedmiotowej sprawie z art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, czyli dniem przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania. Odwołanie zostało bowiem wniesione na zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum Bidbee i zaniechanie odrzucenia oferty ww. Wykonawcy, a więc na zaniechanie dokonania czynności, o których zamawiający informuje niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty. Wykonawcy uzyskują wtedy możliwość zapoznania się z okolicznościami faktycznymi i prawnymi, które pozwalają na podjęcie decyzji o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej, gdyż zgodnie z art. 74 ustawy pzp załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania z tym, że: oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert. Ponadto, informacja, o której mowa w art. 253 ustawy pzp pozwala na poznanie przyczyn, które stanęły u podstaw decyzji zamawiającego, bowiem zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie faktyczne i prawne podjętych czynności w postępowaniu co do wyboru oferty, jej odrzucenia czy też wykluczenia wykonawcy. Przepisy ustawy pzp są w tym zakresie spójne i jednoznacznie precyzują, kiedy wykonawca może zapoznać się z dokumentacją postępowania, ostatecznymi decyzjami zamawiającego w postępowaniu i w jakim terminie przysługuje odwołanie na czynności bądź zaniechania zamawiającego w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy i ustalone okoliczności faktyczne Izba doszła do przekonania, że odwołanie jest przedwczesne, co uzasadnia jego oddalenie. Zważywszy, że Zamawiający nie zakończył etapu badania i oceny ofert to wynik postępowania – wybór najkorzystniejszej oferty, ewentualne wykluczenia Wykonawców, odrzucenia ofert – nie jest znany. Odwołujący jak wskazywał w odwołaniu, otrzymał od Zamawiającego na własny wniosek informacje o złożonej przez Konsorcjum Bidbee ofercie. Natomiast Zamawiający nie przekazał Odwołującemu jeszcze żadnych decyzji stanowiących wynik badania i oceny oferty Konsorcjum w postępowaniu wykonawczym, w którym wniesiono odwołanie. Na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia cząstkowego nie może być więc mowy o czynności Zamawiającego lub zaniechaniu czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skoro etap badania i oceny ofert nie zakończył się ostateczną czynnością Zamawiającego, proces badania podmiotowego Wykonawców jest w toku, to nie jest możliwie stwierdzenie Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp z uwagi na zaniechanie dokonania wykluczenia Konsorcjum Bidbee z postępowania i odrzucenia jego oferty, czyli zaniechania czynności, co do których Zamawiający nie podjął jeszcze ostatecznych decyzji. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 3276/23 z dnia 20 listopada 2023 r., w którym Izba stwierdziła, że:*„W realiach sprawy nie sposób również mówić o jakimkolwiek zaniechaniu Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że w świetle art. 513 pkt 2 ustawy Pzp, o zaniechaniu czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia można mówić, w sytuacji, gdy przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązują zamawiającego do jej dokonania czy też dokonania w określonym ustawą terminie. W niniejszym przypadku niewątpliwie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, stanowiąca graniczny moment weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie została dokonana, czego Odwołujący był świadomy."*

Chybiona przy tym jest także argumentacja Odwołującego prezentowana na rozprawie z powołaniem na przepis art. 515

ust. 3 pkt 1 ustawy pzp, że odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. Niewątpliwie okoliczności stanowiące podstawę wniesienia odwołania, o których mowa w ww. przepisie należy odnieść do art. 513 ustawy pzp i sytuacji, w których przysługuje odwołanie, a więc powzięcia wiadomości o niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czy też o zaniechaniu czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, a takie informacje, jak Izba ustaliła w sprawie, nie zostały Odwołującemu przekazane. Odwołującemu nie są bowiem znane ostateczne decyzje Zamawiającego co do wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia wykonawców z postępowania, czy odrzuceniu ofert, ponieważ takich czynności Zamawiający nie dokonał jeszcze będąc na etapie badania i oceny ofert.

Zdaniem Izby mając na względzie ustalony stan faktyczny, Odwołujący nie wykazał również materialnoprawnej przesłanki wniesienia odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy pzp.

Zgodnie z dyspozycją 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."* Niewątpliwie interes, o którym mowa w ww. przepisie przejawia się utraceniem realnej szansy na uzyskanie zamówienia stanowiącą konsekwencję nieprawidłowych działań – podjętych czynności bądź zaniechania ich dokonania – przez zamawiającego, naruszających przepisy ustawy pzp. Na gruncie orzecznictwa TSUE wypracowano pogląd, że interes w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć szeroko jako możliwość uzyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia także w kolejnym postępowaniu, gdy zarzuty odwołania nakierowane są na dążenie do unieważnienia postępowania. Wykazanie tej materialnoprawnej przesłanki dopuszczalności odwołania ocenia się na moment wniesienia odwołania zatem irrelewantne dla tej oceny są przyszłe, hipotetyczne czynności zamawiającego. Dodatkowo, zważywszy na konstrukcję powyższego przepisu dla skuteczności wniesionego środka ochrony prawnej niewystarczające jest wykazanie jednej z przesłanek objętych dyspozycją powyższego przepisu. Oznacza to, że podmiot wnoszący odwołanie jest zobowiązany wykazać nie tylko możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, ale również, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia. Konkludując powyższe rozważania podkreślić należy, że materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania muszą wystąpić łącznie, interes w uzyskaniu zamówienia musi mieć realny charakter a zaskarżone czynności wywoływać negatywny wpływ na sytuację odwołującego. Innymi słowy, wypełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy pzpz występuje wtedy, gdy brak skorzystania ze środka ochrony prawnej mógłby spowodować, że wykonawca poniesie szkodę wynikającą z zaprzepaszczenia szansy na uzyskanie zamówienia przez nieprawidłowe działania zamawiającego. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2638/21: *„(…) choć środki ochrony prawnej przysługują od każdej czynności zamawiającego i każdego zaniechania zamawiającego, które nastąpiły w toku postępowania o udzielenie zamówienia, to jednak nie oznacza, że będą one przysługiwać w każdej sytuacji faktycznej wykonawcy. Ustawodawca reglamentuje dostęp do środków ochrony prawnej przez konieczność wykazania istnienia przesłanki materialnoprawnej – jest to swoista bariera dostępu do tych środków, która w ocenie Izby ma służyć zapobieganiu wydłużeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez wnoszenie odwołań blokujących możliwość rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia, ale nie służących ochronie uzasadnionych racji wykonawców. Biorąc pod uwagę, że z definicji ustawowych art. 7 pkt. 18 i 25 ustawy i art. 17 ust. 1 i 2 ustawy wynika, że celem prowadzenia postępowania jest doprowadzenie do zawarcia umowy, która ma zaspokajać potrzeby publiczne. Gwarantem tego jest postępowanie prowadzone z zachowaniem zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności oraz nakaz wyboru wykonawcy w sposób zgodny z przepisami ustawy. Ustawodawca właśnie z tym celem skorelował przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, stąd też nie od każdej czynności i zaniechania zamawiającego służy wykonawcom odwołanie, ale tylko od takiej, która uniemożliwia im uzyskanie zamówienia – zatem godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia i jednocześnie takich, które naruszając przepisy ustawy jednocześnie mogą wywołać szkodę u wykonawcy. Tym samym, aby dana czynność/zaniechanie zamawiającego mogło być skutecznie zaskarżone wykonawca musi kumulatywnie wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia i że poniósł lub może ponieść szkodę. Dodatkowo nie można również pominąć faktu, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie jedynie wtedy, gdy naruszenie przepisów ustawy miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z tych wszystkich rozważań należy wywieść, że wykazanie przesłanki materialnoprawnej jest ściśle związane z wykazaniem, że wykonawca jest nadal zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, a wadliwe zachowanie zamawiającego, nie dość, że odwołującemu szkodzi, to jeszcze uniemożliwia uzyskanie zamówienia."*

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba doszła do przekonania, że Odwołujący nie wykazał

szkody, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy pzp. W przedmiotowej sprawie nie sposób w ogóle mówić o czynności Zamawiającego lub zaniechaniu czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, skoro nie wykazano, że Zamawiający zakończył już weryfikację złożonych ofert. Tym samym nie sposób uznać, iż Odwołujący ma lub miał realną szansę na uzyskanie zamówienia, która została zniweczona niezgodnymi z ustawą pzp czynnościami Zamawiającego lub zaniechaniem czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany. Brak jest zatem możliwości poniesienia przez Odwołującego jakiejkolwiek szkody będącej wynikiem ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. Nie zmienia oceny Izby podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że powziął informacje, że oferta Konsorcjum Bidbee została uznana za najwyżej ocenioną, gdyż jest ona ściśle związana z etapem badania i oceny ofert i nie stanowi ostatecznej decyzji Zamawiającego o wyborze Konsorcjum Bidbee jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Uznanie oferty za najwyżej ocenioną stanowi element badania i oceny ofert, a nie świadczy o zakończeniu tego etapu w sposób, który mógłby Odwołującemu szkodzić. Skoro Zamawiający nie podjął decyzji czy Konsorcjum Bidbee podlega wykluczeniu z postępowania oraz czy oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona to nie można mówić o utraceniu przez Odwołującego realnej szansy na uzyskanie zamówienia stanowiącej konsekwencję nieprawidłowych działań – podjętych czynności bądź zaniechania ich dokonania – przez Zamawiającego, naruszających przepisy ustawy pzp. Odwołujący nie wykazał i nie mógł wykazać zatem szkody na moment wniesienia odwołania.

Z tych powodów odwołanie należało oddalić bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: ……