

WYROK

Warszawa, dnia 4 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2024 r. przez wykonawcę mgr inż. R.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Remontowo-Budowlana Ragar mgr inż. R.R. z siedzibą w Krakowie, os. 1000-lecia 35/16 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Związek Międzygminny d.s. Gazyfikacji, Rozwoju Terenów Wiejskich i Ochrony Środowiska w Proszowicach, ul 3-go Maja 72/19 uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawca T.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.T. z siedzibą w Końskowoli, ul. Kurowska 118

orzeka:

1. oddala odwołanie,
 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę mgr inż. R.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Remontowo-Budowlana Ragar mgr inż. R.R. z siedzibą w Krakowie, os. 1000-lecia 35/16 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę mgr inż. R.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Remontowo-Budowlana Ragar mgr inż. R.R. z siedzibą w Krakowie, os. 1000-lecia 35/16 tytułem uiszczonego wpisu.
- Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 946/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym na usuwanie azbestu z gospodarstw rolnych z terenu gmin należących do Związku Międzygminnego zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 2024/BZP 00211190/01 z dnia 2024-02-20.

W dniu 20 marca 2024 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

W dniu 22 marca 2024 r. wykonawca mgr inż. R.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Remontowo-Budowlana Ragar mgr inż. R.R. z siedzibą os. 1000-lecia 35/16 wniósł osobiście odwołanie. Do odwołania dołączono dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący podniósł, że przedmiotem zamówienia jest odbiór, załadunek, transport, zdeponowanie i utylizacja odpadów azbestowych (kod odpadów: 17 06 05) w maksymalnej ilości do 1148,00 Mg zalegających na 243 posesjach (ilość ustalona na podstawie deklaracji mieszkańców w oparciu o powierzchnię dachów - 76529,30 m², z których odpady pochodzą, zastosowano przelicznik 1 m² tj 15 kg odpadów).

Zarzucał zamawiającemu, że wybrał ofertę z rażąco niską ceną nieadekwatną do przedmiotu zamówienia, oraz nie zgodził się na przedstawienie kosztorysu szczegółowego oferenta, którego oferta została wybrana. Zamawiający tłumaczy ten fakt tym, że oferent zastrzegł sobie prawo do nieudostępnienia takiego kosztorysu do wglądu. Odwołujący uważa, że wgląd w dokumentację należy się mu na podstawie Dz.U.2023.0.1605 t.j. - Ustawa z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych art. 74 ust.2 pkt.1.

Niezrozumiała jest dla odwołującego również sprawa usunięcia z postępowania z rażąco niską ceną firmy z województwa małopolskiego, który koszty realizacji przedsięwzięcia miała dużo niższe niż pozostali oferenci, którzy pochodzą z województwa lubelskiego i mają ok. 380km do miejsca wytwarzania odpadów niebezpiecznych. Tematyka usługi unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych powinna być obojętna wieloma składowymi, tym bardziej przy dotacji 800 000,00 zł z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska. Sama usługa jednak jest precyzowana Ustawą o odpadach i Rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Społecznej i nie przewiduje żadnych nowinek technologicznych, które mogłyby podlegać utajnieniu. Może jednak nieść ze sobą przesłanki nieuczciwej konkurencji dotyczącej samego składowania odpadów. Wszyscy dostawcy odpadów niebezpiecznych w Polsce są obciążeni podobną bądź bardzo zbliżoną ceną za unieszkodliwienie. Jednak praktyki stosowane na terenie całego kraju przez firmy D.T. i H.H., którą odwołujący postrzega również jako ofertę z rażąco niską ceną, mogą być spowodowane albo samymi

nieprawidłowościami w wykonaniu usługi albo nie porównywalnie niską ceną na składowisku odpadów azbestowych w Tuczępach.

W załączeniu odwołujący przedstawił dowód uiszczenia wpisu od odwołania, niezbędną dokumentację, ogłoszenie o przetargu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, oferty, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz pozostałą korespondencję.

W dniu 22 marca 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 25 marca 2024 do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział T.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.T. z siedzibą w Końskowoli, ul. Kurowska 118. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 marca 2024 r. udzielonego przez właściciela firmy. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom.

Wniósł o oddalenie odwołania jako zawierającego braki materialnoprawne; ewentualnie o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, tj. przez jego oddalenie w całości. Przystępujący jest bowiem wykonawcą ubiegającym się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a jego oferta została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą w postępowaniu. Odwołujący kwestionuje wybór dokonany przez zamawiającego zarzucając „zmowę przetargową” oraz twierdzi, że „Zamawiający wybrał ofertę z niższą ceną”. W przypadku uwzględnienia „odwołania” oferta przystępującego może zostać odrzucona, a przystępujący wykluczony z postępowania, tracąc tym samym możliwość uzyskania zamówienia objętego postępowaniem. Przystępujący posiada zatem interes w oddaleniu odwołania, a tym samym interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Przystępujący podniósł, że oferta odwołującego została sklasyfikowana na 3 miejscu rankingu ofert. Odwołujący w treści odwołania nie wykazał ani interesu we wniesieniu odwołania ani szkody w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy. Elementy te powinny być wyraźnie przedstawione przez odwołującego w treści odwołania i nie mogą być domniemane przez Krajową Izbę Odwoławczą czy uczestników postępowania.

Wykazanie zarówno interesu we wniesieniu odwołania jak i poniesionej przez wykonawcę szkody stanowi przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania i musi mieć miejsce na dzień złożenia odwołania - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2023 r., sygn. akt KIO 752/23. Brak wykazania tych elementów stanowi bezwzględną podstawę oddalenia odwołania, a co za tym idzie nie podlega uzupełnieniu w rozumieniu art. 518 ust. 1 ustawy. Jak bowiem wskazuje się w ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (...) przesłanki materialnoprawne dopuszczenia odwołania muszą być wykazane w odwołaniu. Brak wykazania przesłanek materialnoprawnych uzasadnia oddalenie odwołania. Oddalenie odwołania z uwagi na brak wykazania - w tym przypadku w ogóle brak podania jakiegokolwiek uzasadnienia - przesłanek materialnoprawnych dopuszczalności odwołania uzasadnia niepoddawanie rozpoznaniu zarzutów merytorycznych podnoszonych w odwołaniu, z uwagi na stwierdzony brak dopuszczalności tego odwołania. Potwierdza to również wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 17 października 2008 roku sygn. akt XII Ga 308/08 wskazujący na konieczność w pierwszej kolejności oceny przesłanek materialnoprawnych dopuszczalności wniesienia odwołania (skargi) aby uznać, że w konkretnej sprawie określonego podmiotu wnoszącego środek ochrony prawnej w ogóle przysługuje (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2020 roku sygn. akt KIO 2193/20, KIO 2196/20, KIO 2198/20; Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2021 roku sygn. akt 2565/21 wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2022 roku sygn. akt 373/22, wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt IX Ga 44/08).

W związku z powyższym, odwołanie zawiera braki materialnoprawne i podlega obowiązkowemu oddaleniu.

W dniu 28 marca 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

W odpowiedzi na wniesione pismo – „odwołanie” zamawiający wskazał, że winno ono zostać oddalone w całości już z uwagi na sam fakt niewykazania przez odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz szkody, którą poniósł lub może ponieść w wyniku rzekomego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej „Dla skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej nie jest wystarczające, aby wniósł je podmiot zaliczany do kategorii wskazanej w art. 505 ust. 1 Pzp. Podmiot korzystający ze środka ochrony prawnej - oprócz tego, że musi zaliczać się do tej kategorii - musi także wykazać spełnienie tzw. materialnoprawnych przesłanek do wniesienia środka ochrony prawnej, tj. wykazać, że:

1) ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia,

2) poniósł lub może ponieść szkodę,

3) poniesiona lub możliwa do poniesienia szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Powyższe przesłanki muszą być spełnione łącznie. Jest to warunek skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej, co podlega badaniu przez organy rozpoznające środek ochrony prawnej. Stwierdzenie braku zaistnienia tych przesłanek

skutkuje oddaleniem środka ochrony prawnej" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 142/23).

Spełnienie powyższych warunków nie zostało przez odwołującego wykazane w tej sprawie.

Oferta odwołującego została sklasyfikowana na 3 miejscu rankingu ofert. Odwołujący w treści odwołania nie wykazał ani interesu we wniesieniu odwołania ani szkody w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy. Elementy te powinny być wyraźnie przedstawione przez odwołującego w treści odwołania i nie mogą być domniemane przez uczestników postępowania.

W dniu 29 marca 2024 r. odwołujący w piśmie zatytułowanym „Pismo odwołującego – uzupełnienie odwołania” wskazał, że w związku z wniesionym przeze niego w dniu 21 marca 2024 roku odwołaniem, a także podniesionymi przez przystępującego w osobie T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.T. z siedzibą w Końskowoli zarzutami zawartymi w treści pisma z dnia 26 marca 2024 roku, z ostrożności procesowej, na wypadek uznania, że wniesione przeze niego odwołanie nie spełnia wymogów formalnych, sprecyzował jego treść przez wskazanie:

I.podstawy prawnej do wniesienia odwołania:

art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a)p.z.p.;

II.podstawy faktycznej do wniesienia odwołania:

Zawiadomienie z 20 marca 2024 roku o wyborze przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty złożonej przez T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.T. z siedzibą w Końskowoli w ramach zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt. 2 ustawy na: „Usuwanie azbestu z gospodarstw rolnych z terenu gmin należących do Związku Międzygminnego” (nr sprawy: ZMG.271.1.2024).

III.nie zgodnej z przepisami czynności zamawiającego oraz zaniechania czynności:

1)Zamawiający dokonał niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do których był zobowiązany na podstawie ustawy, polegających na:

a)wyborze oferty T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.T. z siedzibą w Końskowoli, zawierającej rażąco niską cenę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

b)zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.T. z siedzibą w Końskowoli, którego oferta:

- zawiera rażąco niską cenę,

- stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności wskutek utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;

2)Zamawiający dokonał niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do których był zobowiązany na podstawie ustawy, polegających na:

a)zaniechaniu uzyskania rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień od T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.T. z siedzibą w Końskowoli w trybie art. 223 ust. 1 i art. 224 ust. 1 i 5 ustawy w sprawie zaproponowanej ceny świadczenia usług, które wskazywałyby w sposób jednoznaczny i konkretny obiektywne czynniki mające wpływ na ukształtowaną cenę (przekazane przez T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.T. z siedzibą w Końskowoli informacje nie uzasadniają w sposób precyzyjny podstawy i okoliczności ustalenia ceny ofertowej), a co więcej ww. Wykonawca zasłania się tajemnicą przedsiębiorstwa;

b)nieprawidłowym uwzględnieniu wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny złożonej przez T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.T. z siedzibą w Końskowoli w piśmie z dnia 11 marca 2024 roku;

IV.wskazanie zarzutów stanowiących oparcie dla odwołania w ten sposób, że zarzucił naruszenie przepisów ustawy, które miały wpływ na wynik tego postępowania, tj.:

1)art. 16 pkt 1 ustawy przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który zaoferował cenę rażąco niską i poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, przede wszystkim polegającego na wykluczeniu innych wykonawców z dostępu do rynku, co miało miejsce w tym postępowaniu;

2)art. 17 ust. 2 ustawy przez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy jednoznacznych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny realizacji usługi, a tym samym oparcie decyzji w sprawie wyboru oferty na danych (wyjaśnieniach), które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny, a to z uwagi na fakt, iż Wykonawca powoływał się na tajemnicę przedsiębiorstwa, co uniemożliwiało weryfikację przedstawionej przez niego oferty;

3)art. 223 ust. 1 ustawy przez zaniechanie uzyskania od T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.T. z siedzibą w Końskowoli rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty (przekazane przez niego informacje w piśmie z dnia 11 marca 2024 roku nie uzasadniają w sposób precyzyjny podstawy i okoliczności ustalenia ceny ofertowej);

4)art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy przez wybór oferty, która jest niezgodna z ustawą, a w szczególności zawiera cenę rażąco niską, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia w cenie

zaproponowanej przez T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.T. z siedzibą w Końskowoli, zwłaszcza, że sam zamawiający poinformował, iż na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia zamierzał przeznaczyć kwotę w wysokości: 803.558,00 zł brutto, tj. o 37 % wyższą niż zaoferował T.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: D.T. z siedzibą w Końskowoli;

5)art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności przez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;

6)art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

7)art. 224 ust. 1 ustawy przez zaniechanie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę;

8)art. 224 ust. 5 ustawy przez uwzględnienie ogólnych, lakonicznych i niejednoznacznych wyjaśnień T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.T. z siedzibą w Końskowoli z dnia 11 marca 2024 roku, co doprowadziło do nieuwzględnienia obiektywnych czynników, które mają wpływ na wysokość zaproponowanej ceny;

V.wniosków co do rozstrzygnięcia odwołania, w ten sposób, że wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania w całości;

2)nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;

3)nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności:

a)badania i oceny ofert, a następnie:

b)wyboru oferty najkorzystniejszej;

4)nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.T. z siedzibą w Końskowoli i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

VI.innych wniosków, w ten sposób, że wniósł o:

1)dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na fakty szczegółowo wskazane w uzasadnieniu;

2)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci opinii sporządzonej na zlecenie odwołującego przez biegłego rewidenta – na fakt minimalnych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, przewidywanych kosztów ponoszonych przez wykonawcę w ramach realizacji usługi objętej przedmiotowym zamówieniem oraz przewidywanych przychodów uzyskiwanych przez wykonawcę;

3)dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości i finansów – na fakt minimalnych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, przewidywanych kosztów ponoszonych przez wykonawcę w ramach realizacji usługi objętej przedmiotowym zamówieniem oraz przewidywanych przychodów uzyskiwanych przez wykonawcę.

VII.interesu do wniesienia odwołania przez wskazanie, że:

1)Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie zbierania odpadów niebezpiecznych;

2)Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę;

3)określone w odwołaniu czynności i zaniechania zamawiającego, dotyczące niezgodnego z ustawą wyboru oferty innego wykonawcy, narażają odwołującego na szkodę w postaci możliwości utraty zarobku – spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia;

4)Odwołujący szczegółowo precyzuje swój interes w poniższym uzasadnieniu;

VIII.terminów, które zostały dochowane przez odwołującego:

Odwołujący uzyskał informacje o wyborze oferty T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.T. z siedzibą w Końskowoli w dniu 20 marca 2024 roku. Z tego względu termin na złożenie odwołania (wniesione go przez odwołującego w dniu 21 marca 2024 roku) został zachowany.

W dniu 20 marca 2024 roku zamawiający – Związek Międzygminny d.s. Gazyfikacji, Rozwoju Terenów Wiejskich i Ochrony Środowiska w Proszowicach w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę pn.: „Usuwanie azbestu z gospodarstw rolnych z terenu Gmin należących do Związku Międzygminnego” w ramach Programu Priorytetowego „Ogólnopolski program finansowania usuwania wyrobów zawierających azbest. Część 2) Przedsięwzięcia w zakresie zbierania, transportu oraz unieszkodliwiania odpadów zawierających azbest realizowane w gospodarstwach rolnych” zawiadomił o wyborze przez niego najkorzystniejszej oferty złożonej przez T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.T. z siedzibą w Końskowoli w ramach zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt. 2 ustawy na: „Usuwanie azbestu z gospodarstw rolnych z terenu gmin należących do Związku Międzygminnego” (nr sprawy: ZMG.271.1.2024).

Zaproponowana przez ww. wykonawcę cena realizacji usług wynosi 505.120,00 zł (słownie: pięćset pięć tysięcy sto dwadzieścia złotych złotych). Była to najniższa cena spośród wszystkich złożonych ofert, zamawiający bowiem na sfinansowanie usługi odbioru odpadów komunalnych przeznaczył kwotę 803.558,00 zł brutto, tj. o 37 % wyższą niż

zaferował T.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: D.T. z siedzibą w Końskowoli.

Zamawiający wezwał ww. wykonawcę w dniu 4 marca 2024 roku do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy wykonawca ten udzielił jedynie ogólnikowych wyjaśnień, wskazując, że „szczegółowe wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny wraz z wymaganymi wraz z załącznikami (dowodami) jako informacje stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa nie mogą być udostępniane osobom trzecim.” i mimo tego, że wyjaśnienia wydają się obszerne, to z punktu widzenia rzeczywistego odniesienia się do treści wezwania zamawiającego nic konkretnego przy ich pomocy nie sposób ustalić.

Zdaniem odwołującego, wykonanie przedmiotu zamówienia przy cenie zaproponowanej przez wybranego wykonawcę jest nierealne. Sam bowiem zamawiający na sfinansowanie usługi odbioru odpadów komunalnych przeznaczył kwotę o 37 % wyższą niż zadeklarował Wykonawca. Co także istotne, brak jest w realiach niniejszej sprawy możliwości zweryfikowania przedstawionej przez wykonawcę oferty w perspektywie zastanawiania się przez niego tajemnicą przedsiębiorstwa ze względów, o których mowa poniżej.

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

Odwołujący wskazał, że stosownie do prezentowanych w literaturze poglądów „Interes w uzyskaniu zamówienia to nic innego, jak możliwość jego uzyskania. Interes posiadać będzie ten wykonawca, który wskutek decyzji zamawiającego traci możliwość uzyskania zamówienia. Tym samym niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie zamawiającego pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia. Najszerzy krąg podmiotów wykazujących się interesem do wniesienia środka ochrony prawnej występować więc będzie na etapie przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wówczas bowiem każdy wykonawca potencjalnie zainteresowany postępowaniem będzie miał interes w zaskarżeniu niezgodnych z prawem postanowień SWZ, opisu potrzeb i wymagań czy ogłoszenia o zamówieniu. Widać to wyraźnie w przypadku odwołań wnoszonych na treść dokumentów zamówienia w tym w szczególności w odniesieniu do zarzutów stawianych wobec zasad kwalifikacji podmiotowej wykonawców.” P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 505. Powyższe prowadzi więc do wniosku, że odwołujący jako przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą w zakresie przedmiotu zamówienia zainteresowany postępowaniem (biorący w nim udział) dysponuje w sposób jednoznaczny interesem w zaskarżeniu niezgodnych z prawem zasad przeprowadzonego przetargu. Co bowiem istotne, odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Wskazane w odwołaniu czynności i zaniechania zamawiającego, dotyczące niezgodnego z ustawą wyboru oferty innego wykonawcy, narażają odwołującego na szkodę w postaci możliwości utraty zarobku – spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia.

W doktrynie przyjmuje się, że „Kluczowe dla oceny interesu wykonawcy ma wykazanie, że poniósł on lub może ponieść szkodę w wyniku działania lub zaniechania zamawiającego. W odniesieniu do środków ochrony prawnej, których działanie nakierowane jest na uchylanie bezprawnych decyzji zamawiającego jeszcze w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, można mówić w zasadzie jedynie o możliwości poniesienia szkody. Wykonawca zobowiązany jest tę możliwość co najmniej uprawdopodobnić. W klasycznej sytuacji, gdy wykonawca kwestionuje prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej lub odrzucenie własnej oferty, możliwość poniesienia szkody dotyczyć będzie utraconych korzyści w postaci zysku z realizacji zamówienia, a także straty w postaci kosztów poniesionych na sporządzenie oferty i udział w postępowaniu. Dominujące znaczenie z oczywistych powodów mieć będzie jednak raczej utracona korzyść. Jednocześnie wykazanie samej tylko możliwości jej poniesienia jako prawdopodobnego następstwa naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy jest wystarczające. Nie ulega żadnej wątpliwości, że wyłączając sytuacje szczególne, wykonawca nie będzie w stanie ponad wszelką wątpliwość wykazać, iż wygrałby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i tym samym uzyskałby możliwość jego realizacji. W sposób oczywisty wpływa to więc na charakter wykazania owej szkody i jej prawdopodobne wystąpienie.

Wykonawca nie jest zobowiązany do wykazywania wysokości owej szkody.” P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 505.

Powyższe zdaniem odwołującego oznacza, że jako potencjalny wykonawca, który wskutek sprzecznych z prawem czynności lub zaniechań zamawiającego utracił możliwość uzyskania zamówienia, posiada w tym postępowaniu interes, który umożliwia mu skorzystanie ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania, co stanowi przesłankę materialnoprawną tego środka. Posiadanie tego interesu decyduje o istnieniu legitymacji czynnej do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Bezzasadne są więc zarzuty podnoszone przez przystępującego.

Zdaniem odwołującego zamawiający niezasadnie uwzględnił bardzo szeroki zakres zastrzeżenia przez wykonawcę informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa doprowadzając w ten sposób do sytuacji, w której odwołujący i inni uczestnicy postępowania zostali de facto pozbawieni realnej możliwości sformułowania rzetelnego odwołania w przedmiocie rażąco

niskiej ceny, gdyż nie sposób jest w oparciu o przedstawione przez T.W. w piśmie z dnia 11 marca 2024 roku „wyjaśnienia” ustalić, co na zaproponowaną cenę się złożyło.

Niewątpliwie, odwołujący ma świadomość, że w każdym przedsiębiorstwie istnieją informacje poufne, które składają się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Bezsprzecznie również mogą one w sposób prawnie uzasadniony powinny być traktowane jako niedostępne dla osób trzecich. Nie może to jednak prowadzić do nadużyć, które wypaczają sens środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawy. Wydaje się więc, że tak profesjonalny i znaczący na rynku zamówień publicznych podmiot jakim jest przecież wykonawca, który na przestrzeni ostatnich miesięcy wygrywa liczne postępowania przetargowe w poszczególnych częściach kraju, oferując najniższą cenę i z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa pewnością ma wystarczającą wiedzę, umiejętności i doświadczenie, ażeby przy składaniu wyjaśnień na żądanie zamawiającego sformułować je w sensie metodologicznym w taki sposób, ażeby zachowując prymat zasady jawności umieć skutecznie zastrzec tylko te informacje, które rzeczywiście powinny pozostać poufne. W przeciwnym wypadku rodzi to wątpliwości związane z przedstawieniem zamawiającemu oferty, jej treści, a także sposobu obliczania wiedzy.

Co również było sygnalizowane przez odwołującego na rynku podmiotów świadczących usługi będące przedmiotem niniejszego zamówienia nie jest tajemnicą, jak przedstawia się obecnie mechanizmy działania poszczególnych podmiotów w ostatnim czasie. Niewątpliwie stanowić to będzie również przedmiot innego postępowania, o czym tut. Prezes poinformowany zostanie niezwłocznie po podjęciu przez odwołującego działań mających na celu ochronę prowadzonej przez niego działalności gospodarczej na polskim rynku oraz zwalczanie czynów nieuczciwej konkurencji. Niezależnie od tego odwołujący wskazał, że w tej sprawie dla zamawiającego nie powinny być wystarczające złożone przez wykonawcę wyjaśnienia. Co bowiem istotne, samo stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. W orzecznictwie wskazuje się, że „Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Nie wystarcza samo przeświadczenie zastrzegającego, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać. Oczwistym jest bowiem, że wszelkie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje, wypracowane przez lata działalności przez zastrzegającego mają w jego ocenie wartość gospodarczą. Niemniej nie oznacza to, że z obiektywnego punktu widzenia mają one jakkolwiek wartość dla innych podmiotów. W szczególności odnieść to należy, że tego co było przedmiotem zastrzeżenia tajemnicy, tj. sposobu kalkulacji ceny jego oferty.” (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 lutego 2022 roku, sygn. XXIII Zs 133/21).

W realiach tej sprawy zamawiający winien był więc zażądać przedstawienia rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień od T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.T. z siedzibą w Końskowoli w trybie art. 223 ust. 1 i art. 224 ust. 1 i 5 ustawy w sprawie zaproponowanej ceny świadczenia usług, które wskazywałyby w sposób jednoznaczny i konkretny obiektywne czynniki mające wpływ na ukształtowaną cenę (przekazane przez T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.T. z siedzibą w Końskowoli, czego nie uczynił. Przedstawione bowiem przez niego informacje nie uzasadniają w sposób precyzyjny podstawy i okoliczności ustalenia ceny ofertowej, a co więcej ww. wykonawca zasłania się tajemnicą przedsiębiorstwa. W konsekwencji zamawiający rażąco naruszył przepisy ustawy przez uwzględnienie wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny złożonej przez T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.T. z siedzibą w Końskowoli w piśmie z dnia 11 marca 2024 roku.

Co także zdaniem odwołującego istotne, ustawa nie wskazuje, jaką cenę należy uznać za rażąco niską, ani też, kiedy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i podjęcia przez wykonawcę działań, które służą wyeliminowaniu z rynku przedsiębiorców prowadzących działalność konkurencyjną. Stosownie jednak do art. 224 ust. 2 pkt ustawy szczególne prawdopodobieństwo wystąpienia ceny rażąco niskiej zachodzi m.in. w sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (niepodlegających odrzuceniu), co ma miejsce w tej sprawie.

W przypadku ceny zaoferowanej przez T.W. usługa musiałaby być świadczona znacznie poniżej rentowności. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której „(...) cena jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.” (Wyrok KIO z 7.12.2016 r., KIO 2115/16, KIO 216/16, Legalis).

Zgodnie bowiem z art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2007 Nr 50,

poz. 331 ze zm.) zakazane jest zawieranie porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku. Dopuszczenie do realizacji usługi podmiotu, który dyktuje na rynku gospodarowania odpadami niską, wręcz nierealną cenę, przez co inne podmioty nie są w stanie w nim uczestniczyć, eliminowałoby uczciwą konkurencję rynkową. W realiach tej sprawy Odwołujący ma pełne prawo, aby domniemywać, co sygnalizował już w odwołaniu z dnia 21 marca 2024 roku, że na rynku podejmowane są obecnie przez poszczególne podmioty tego rodzaju działania mające na celu wyeliminowanie konkurencji, w tym także odwołującego.

W dniu 3 kwietnia 2024 r. przystępujący podtrzymał wniosek zgłoszony w przystąpieniu oraz wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania jako zawierającego braki materialnoprawne; ewentualnie
- 2) oddalenie odwołania na podstawie art. 555 ustawy z uwagi na brak wykazania przez odwołującego okoliczności faktycznych, które miałyby stanowić podstawę wniesienia odwołania;
- 3) oddalenie odwołania jako bezzasadnego;
- 4) pominięcie pisma odwołującego z 27 marca 2024 r. stanowiące uzupełnienie zarzutów odwołania (Pismo odwołującego – uzupełnienie odwołania) z uwagi na naruszenie przepisu art. 515 ust. 21 pkt 2 lit a) ustawy, to uchybienie terminowi na wniesienie odwołania.

Uzasadnienie oddalenia odwołania jako zawierającego braki materialnoprawne

Odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na niewykazanie przez odwołującego w dacie wniesienia odwołania (lub w terminie na jego wniesienie) przesłanek materialnoprawnych wniesienia odwołania określonych w art. 505 ust. 1 ustawy tj. interesu we wniesieniu odwołania oraz szkody, którą odwołujący może ponieść.

Z uwagi na szacunkową wartość zamówienia (poniżej progów UE) termin na wniesienie odwołania wynosi 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia (art. 515 ust. 1 pkt. 2 lit a) ustawy). O zaskarżonej czynności – wyborze oferty najkorzystniejszej – odwołujący został informowany 20 marca 2024 r., a więc termin na wniesienie odwołania upłynął 25 marca 2024 r.

W piśmie stanowiącym „odwołanie” odwołujący nie wykazał ani nie uzasadnił przesłanek materialnoprawnych wniesienia odwołania określonych w art. 505 ust. 1 ustawy tj. interesu w uzyskaniu oraz szkody, którą może ponieść. Elementy te powinny być wyraźnie przedstawione przez odwołującego w treści odwołania i nie mogą być domniemane przez Krajową Izbę Odwoławczą czy uczestników postępowania.

Odwołujący próbuje w piśmie z dnia 27 marca 2024 r. (które sam określa jako „uzupełnienie odwołania”) wykazać interes we wniesieniu odwołania, przy czym, po pierwsze, próba wykazania interesu i szkody została podjęta już po terminie na wniesienie odwołania (termin ten upłynął 25 marca 2024 r.). Wykazanie zarówno interesu we wniesieniu odwołania jak i poniesionej przez wykonawcę szkody stanowi przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania i musi mieć miejsce na dzień złożenia odwołania. Brak wykazania tych elementów stanowi bezwzględną podstawę oddalenia odwołania, a co za tym idzie nie podlega uzupełnieniu w rozumieniu art. 518 ust. 1 ustawy.

Jak wskazuje się w ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (...) przesłanki materialnoprawne dopuszczenia odwołania muszą być wykazane w odwołaniu. Brak wykazania przesłanek materialnoprawnych uzasadnia oddalenie odwołania. Oddalenie odwołania z uwagi na brak wykazania - w tym przypadku w ogóle brak podania jakiegokolwiek uzasadnienia- przesłanek materialnoprawnych dopuszczalności odwołania uzasadnia niepoddawanie rozpoznaniu zarzutów merytorycznych podnoszonych w odwołaniu, z uwagi na stwierdzony brak dopuszczalności tego odwołania. Potwierdza to również wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 17 października 2008 roku sygn. akt XII Ga 308/08 wskazujący na konieczność w pierwszej kolejności oceny przesłanek materialnoprawnych dopuszczalności wniesienia odwołania (skargi) aby uznać, że w konkretnej sprawie określonego podmiotowi wnoszącemu środek ochrony prawnej w ogóle przysługuje (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2020 roku sygn. akt KIO 2193/20, KIO 2196/20, KIO 2198/20; Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2021 roku sygn. akt 2565/21 wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2022 roku sygn. akt 373/22).

Po drugie, nawet jeżeli przyjąć że odwołujący może wykazywać interes we wniesieniu odwołania po upływie terminu na jego wniesienie (z czym przystępujący się nie zgadza), to nadal odwołujący nie wykazał, że byłby w stanie uzyskać zamówienie i mógłby ponieść szkodę.

Uzasadnienie przedstawione w piśmie z 27 marca 2024 r. sprowadza się bowiem do stwierdzenia, że odwołujący złożył w postępowaniu ofertę, a wybór innego wykonawcy może narazić go na szkodę w postaci utraty zarobku – spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia.

Odwołujący jako przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą w zakresie przedmiotu zamówienia zainteresowany postępowaniem (biorący w nim udział) dysponuje w sposób jednoznaczny interesem w zaskarżeniu niezgodnych z prawem zasad przeprowadzonego przetargu.

Co bowiem istotne, odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Wskazane w odwołaniu czynności i zaniechania zamawiającego, dotyczące niezgodnego z ustawą wyboru oferty innego wykonawcy, narażają Odwołującego na szkodę w postaci możliwości utraty zarobku – spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji

zamówienia.

Co jednak istotne, oferta odwołującego została sklasyfikowana dopiero na 3 miejscu w rankingu ofert (za ofertą D.T. (1 miejsce w rankingu ofert) oraz ofertą (Huber Hubert Wieczorek 2 miejsce w rankingu ofert). Tym samym, aby faktycznie wykazać szansę na uzyskanie zamówienia odwołujący powinien zakwestionować nie tylko wybór oferty przystępującego, ale również powinien postawić zarzuty wobec zaniechania wykluczenia lub odrzucenia oferty wykonawcy, który zajmuje 2 miejsce w rankingu ofert). Innymi słowy, nawet uwzględnienie „odwołania” i odrzucenie oferty przystępującego nie zapewni mu możliwości uzyskania zamówienia, ponieważ wyższą lokatę w rankingu ofert uzyskał inny wykonawca, którego oferty odwołujący nie kwestionuje.

Uzasadnienie dla wniosku o oddalenie odwołania na podstawie art. 555 ustawy

W piśmie z 21 marca 2024 r. odwołujący w sposób bardzo chaotyczny przedstawia „zarzuty odwołania” (dopiero w piśmie z 27 marca 2024 r. wskazuje konkretne przepisy ustawy, które rzekomo miałyby zostać naruszone), ale przede wszystkim ani w odwołaniu ani też w piśmie z 27 marca 2024 r. odwołujący nie przedstawia żadnych okoliczności faktycznych, które miałyby stanowić podstawę rzekomych naruszeń.

Konstrukcja „zarzutów” zawartych w piśmie z 21 marca 2024 r. sprowadza się do stwierdzenia:

1) Zwracamy się z formalnym zawiadomieniem w sprawie podejrzenia zмовы przetargowej – ten „zarzut” nie zostaje jednak w żaden sposób rozwinięty w dalszej części pisma, również w piśmie z 27 marca 2024 r., w którym odwołujący precyzuje zarzuty nie wskazuje w żaden sposób na naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy (zмова przetargowa);

2) Zamawiający wybrał ofertę z rażąco niską ceną nieadekwatną do przedmiotu zamówienia – z powyższego sformułowania można wnioskować, że odwołujący chciał sformułować zarzut rażąco niskiej ceny, przy czym w dalszej części „odwołania” nie wskazano na żadne okoliczności prawne czy faktyczne, które miałyby taki zarzut uzasadniać;

3) [Zamawiający] nie zgodził się na przedstawienie kosztorysu szczegółowego oferenta, którego oferta została wybrana. Zamawiający tłumaczy się tym, że oferent zastrzegł sobie prawo do nieudostępnienia takiego kosztorysu do wglądu - Uważamy, że wgląd w dokumentację należy się nam na podstawie Dz.U.2023.0.1605 t.j. - Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych art. 74 ust.2 pkt.1. – trudno powiedzieć, czego ten zarzut miałby dotyczyć.

Sposób sformułowania zarzutów przez odwołującego, w tym brak wskazania skonkretyzowanych okoliczności faktycznych stanowiących podstawę zarzutów prowadzi do wniosku, iż w odwołaniu nie zostały wskazane jakichkolwiek okoliczności, które miałyby w ocenie odwołującego świadczyć o naruszeniu przepisów przez zamawiającego. Innymi słowy, zarzuty odwołania nie zostały w ogóle skutecznie podniesione i już z tego względu odwołanie winno w całości podlegać oddaleniu na podstawie art. 555 ustawy.

Przystępujący przypominał, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą zarówno Izby jak i sądów okręgowych zarzut odwołania to „zespół okoliczności faktycznych i prawnych, tj. czynność lub zaniechanie zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne. Poprzestanie na przywołaniu przepisu, którego naruszenie zarzuca się zamawiającemu, bez skonkretyzowania okoliczności prawnych i faktycznych wskazujących na jego naruszenie, nie jest wystarczające dla uznania zarzutu za skutecznie podniesiony.

Jeżeli twierdzenia odwołującego, nawet przedstawione na rozprawie, nie znalazły się w treści odwołania, to prowadzi do wniosku, że nie mogły podlegać ocenie Izby, która w myśl art. 555 ustawy jest związana zarzutami odwołania. Z tego względu nie mogła wziąć pod uwagę tej części argumentacji odwołującego, bazując jedynie na treści odwołania.

Co więcej, zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradiktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść.

Odwołanie jako środek ochrony prawnej ma na celu kontrolę poprawności działań zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy, ale wyłącznie w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania, o czym stanowi art. 555 ustawy.

Obowiązkiem odwołującego jest zatem wskazać kwestionowaną przez niego czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Ponadto, zgodnie z treścią art. 516 ustawy odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz przede wszystkim wskazywać okoliczności faktyczne i prawne

uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności. Określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądza, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych w petitum odwołania, a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji.

Przystępujący podziela pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 21 marca 2017 r. (sygn. akt VI Ga 60/17), w którym sąd zwrócił uwagę, że "Izba za podstawę orzekania może wziąć tylko te zarzuty, które zostały podniesione w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp). Przy czym o treści zarzutu nie przesądza wyłącznie wskazanie lub nie samego przepisu - podstawy prawnej jako, że zarzut składa się z podstawy prawnej i faktycznej. O zarzucie odwołania decydują zatem także przywołane przez odwołującego okoliczności faktyczne i opis popełnionych nieprawidłowości".

Podobnie, zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia. W uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku (sygn. akt III CSK 156/14) Sąd Najwyższy stwierdził: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.)

Zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej, a kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) zamawiającego, które kwestionuje odwołujący. W orzecznictwie KIO podkreśla się także, że prawidłowa konstrukcja zarzutu odwołania nie sprowadza się do wskazania kwalifikacji prawnej zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną.

Co więcej, odwołanie zawierające precyzyjne i jednoznaczne zarzuty pozwala na przygotowanie się stron postępowania do rozprawy jak również może być podstawą do uwzględnienia odwołania w całości przez zamawiającego, a co wiąże się z konkretnymi czynnościami procesowymi bądź uwzględnienia poszczególnych zarzutów wniesionego odwołania, co również może oddziaływać na sytuację procesową.

Jak trafnie zauważyła Izba w wyroku z 14 stycznia 2022 r., KIO 3637/21: Treść i zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodność działania zamawiającego z ustawą (tak też w wyroku z 4 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 500/20). Nie wystarczy zatem, aby wykonawca sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia danego przepisu ustawy, ale też musi w uzasadnieniu faktycznym wskazać wszystkie okoliczności, które chce podnieść, celem potwierdzenia zasadności swoich twierdzeń. Jeśli tego nie robi, to taki błąd nie da się naprawić poprzez uzupełnienie argumentacji w tym zakresie, zawartej w piśmie procesowym czy też na rozprawie. Gdyby bowiem dopuścić taką możliwość odebrano by zamawiającemu możliwość przygotowania się na odparcie zarzutów, czy też ewentualne uwzględnienie odwołania, z kolei przystępującym po jego stronie wykonawcom ograniczono by możliwość obrony swoich praw (często ich interes w przystąpieniu polega na tym, że bronią zasadności dokonania wyboru ich oferty, jako najkorzystniejszej w postępowaniu).

Nie można też pomijać kwestii, że ustawodawca przewidział określone terminy graniczne, w których możliwe jest wniesienie odwołania, tym samym dopuszczenie możliwości rozszerzania zarzutów odwołania na rozprawie powodowałoby, że termin na złożenie odwołania zostałby wydłużony. Tym samym, jeśli w treści samego odwołania wykonawca wyraźnie i wprost nie podniósł określonych okoliczności, to ich późniejsze wskazywanie nie może być brane pod uwagę przez Izbę przy orzekaniu, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu (tak też w wyroku z 16 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 433/18; wyroku z 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 431/20).

Podsumowując powyższe, odwołanie/ pismo odwołującego nie zawiera przytoczenia żadnych okoliczności faktycznych, które miałyby świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy. Ogólne stwierdzenia dotyczące rzekomej „zmowy przetargowej” czy „rażąco niskiej ceny”, bez przytoczenia jakichkolwiek faktów, twierdzeń czy argumentacji prawnej uniemożliwia zarówno przystępującemu, ale zapewne również zamawiającemu, merytoryczne odniesienie się do pisma (odwołania) odwołującego.

Zważywszy, że z treści odwołania nie wynikają żadne okoliczności faktyczne, które miałyby uzasadniać lub nawet uprawdopodobniać bliżej niesprecyzowane naruszenia za niedopuszczalne należy również uznać ewentualną próbę powoływania jakichkolwiek dodatkowych okoliczności lub dowodów na ich poparcie już po upływie terminu na wniesienie odwołania (po 25 marca 2024 r.) czy na etapie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą – takie działanie odwołującego prowadziłoby bowiem do formułowania faktycznych podstaw zarzutów odwołania z uchybieniem zawitego terminu na wniesienie odwołania wynikającego z art. 515 ustawy. Zgodnie z art. 555 ustawy za zarzut zaś uznaje się konkretne okoliczności faktyczne przywołane w odwołaniu, mające wskazywać na naruszenie przez zamawiającego przepisów

ustawy. Wskazanie nowych faktów, nawet wyczerpujących dyspozycję tego samego przepisu ustawy, jest uznawane za nowy zarzut.

Z powyższych względów przystępujący wniósł o oddalenie „odwołania” w całości na podstawie przepisu art. 555 ustawy jak również o pominięcie przez Izbę pisma odwołującego z 27 marca 2024 r., w którym odwołujący po części precyzuje zarzuty odwołania oraz co do części zarzutów powołuje ogólną argumentację prawną, jednak naruszeniem terminu na wniesienie odwołania określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy.

W dniu 3 kwietnia 2024 r. odwołujący stanowisko przedstawione w odwołaniu z dnia 21 marca 2024 roku oraz piśmie z dnia 27 marca 2024 roku. W dniu 20 marca 2024 roku zamawiający zawiadomił o wyborze przez niego najkorzystniejszej oferty złożonej przez T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.T. z siedzibą w Końskowoli. Dnia 21 marca 2024 roku odwołujący złożył odwołanie, w którym zarzucił szereg naruszeń przepisów, uzupełnione pismem z dnia 27 marca 2024 roku. Pismem procesowym z dnia 2 kwietnia 2024 roku przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. W tej odpowiedzi odwołujący jedynie odniósł się do poczynionych we wskazanym piśmie zarzutów w stosunku do złożonego przez niego odwołania.

Podstawowym zarzutem poczynionym przez przystępującego w stosunku do odwołania złożonego przez odwołującego w dniu 21 marca 2024 roku jest, że ten nie wykazał interesu do złożenia odwołania oraz szkody, którą mógł ponieść. W ocenie odwołującego poczyniony zarzut jest bezzasadny. Odwołujący w złożonym środku odwoławczym bezpośrednio wykazał, że jest wykonawcą, a w związku z tym ma interes w złożeniu tego środka. Odwołujący w ramach prowadzonego postępowania złożył wcześniej opisaną ofertę, a czyniąc zarzuty w stosunku do działań oraz zaniechań zamawiającego opisał je w jaki sposób, z którego jasno wynika, że był uczestnikiem prowadzonego postępowania. Wobec tego, w ocenie odwołującego jego interes do złożenia odwołania został wykazany. Co należy wskazać w tym miejscu, art. 505 ustawy. co prawda wymaga wykazania interesu odwołującego, jednakże ani ta norma, ani żadna inna norma tej ustawy nie wymaga od odwołującego wykazania interesu w sposób tak wyraźny, jak zdaje się to sugerować przystępujący. W zgodzie z tym poglądem pozostaje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2021 roku o sygn. akt KIO 3221/21, w którym Izba stwierdziła, że „Izba wskazuje, że ustawa nie ustanawia szczegółowych wymogów w zakresie wykazania przesłanek wskazanych w art. 505 ust. 1. Wskazane przez odwołującego okoliczności wraz z ustalonym przez Izbę stanem faktycznym pozwalają na stwierdzenie, iż w przypadku odwołującego mają miejsce okoliczności uprawniające go do wniesienia odwołania.”[Wyrok KIO z 18.11.2021 r., KIO 3221/21, LEX nr 3326945.]. W związku z tym, wskazanie interesu w sposób jaki uczynił to odwołujący, w jego ocenie jest wystarczające by Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że uczynił zadość swojemu ustawowemu obowiązki.

Odnosząc się do zarzutu przystępującego, że odwołujący nie wykazał, iż mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, tego zarzutu odwołujący również nie podzielił. Tak samo jak w przypadku interesu do złożenia odwołania, ustawa nie stanowi żadnych warunków w jaki sposób potencjalna szkoda ma być wykazana i opisana. Wobec tego, odwołujący wskazał jako potencjalną szkodę możliwość utraty zarobku tj. spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia. W ocenie odwołującego, w niniejszej sprawie działania oraz zaniechania zamawiającego naruszające ustawę, prowadzą do pozbawienia go możliwości uzyskania zamówienia, wobec czego szkodą będzie brak możliwości uzyskania zarobku z realizacji zamówienia. Trudno bowiem w inny sposób opisać możliwą do wystąpienia szkodę, kiedy w rzeczywistości jej charakter polega na tym, że podmiot jest pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Przedstawianie takich wyliczeń byłoby również bezcelowe z powodu, iż realną kwotą szkody jest kwota przeznaczona przez Zamawiającego na opłacenie udzielonego zamówienia, co wprost wynika z akt przedmiotowego postępowania.

Niezrozumiałe także pozostają dla odwołującego zarzuty poczynione w stosunku do pisma uzupełniającego z dnia 27 marca 2024 roku. Pismem tym odwołujący sprecyzował sformułowane w odwołaniu zarzuty, jednakże w żaden sposób ich nie rozszerzył lub sformułował nowe. Możliwość sprecyzowania osobnym pismem przedstawionego stanowiska jest możliwa w każdym postępowaniu prowadzonym przed polskim organem i pozostaje otwarta dla każdego uczestnika. Wobec tego, skierowanie do Prezesa KIO pisma z dnia 27 marca 2024 roku odwołujący uznał za skorzystanie z jego uprawnienia do brania aktywnego udziału tym postępowaniu, z czego nie można wyciągać wobec niego negatywnych konsekwencji.

Co ważne w tym miejscu, odwołujący całkowicie odrzuca zarzut przystępującego, że odwołujący powinien on wykazać, że byłby w stanie uzyskać zamówienie. Taki zarzut nie jest oparty na podstawie jakiegokolwiek wymogu ustawy. Uczestnik postępowania ma ustawowo zagwarantowane prawo do brania udziału w procedurze, która zgodnie z art. 16 ustawy zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz przejrzystość. Wobec tego, gdy w ocenie odwołującego doszło do naruszenia tych oraz innych zasad postępowania, po wykazaniu interesu oraz potencjalnej szkody, ma prawo złożyć odwołanie. To jaką ocenę uzyskała oferta w postępowaniu prowadzonemu wbrew ustawowym wymogom ani nie może stanowić jakiejkolwiek przesłanki do negatywnej oceny możliwości złożenia odwołania, ani nie może stanowić przesłanki do oceny treści takiego odwołania. Warto w tym miejscu przywołać wyrok

Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2023 roku o sygn. akt KIO 3426/2 w którym Izba orzekła, iż „Przyszłe i niepewne zdarzenie nie może prowadzić do stwierdzenia braku legitymacji do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Tym samym nie można odmówić wykonawcy możliwości korzystania z tych środków, nawet jeśli zamawiający już raz dokonał zwiększenia kwoty na realizację przedmiotowego zamówienia.” [Wyrok KIO z 9.01.2023 r., KIO 3426/22, LEX nr 3509558].

Odwolujący odniósł do ewentualnego wniosku przystępującego o oddalenie odwołania z uwagi na brak wykazania okoliczności faktycznych stanowiących treść odwołania. W ocenie odwołującego jest to wniosek niezasadny. Odwołujący w skierowanym do Prezesa KIO odwołaniu sformułował zarzuty oraz je uzasadnił. Uzasadnienie zostało doprecyzowane również w piśmie z dnia 27 marca 2024 roku. Ustawa pozostawia składającemu odwołanie swobodę przy konstruowaniu zarzutów i ich uzasadnianiu. W art. 516 ustawy wymaga tylko, by oba te elementy zostały zawarte w złożonym odwołaniu, co też odwołujący uczynił. Jednak co najważniejsze w tym miejscu, zdecydowana większość zarzutów odwołującego dotyczy faktu, że oferta wybrana przez zamawiającego zawierała rażąco niską cenę. W związku z tym, zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy w takim przypadku obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na konkretnym wykonawcy. Wobec tego, odwołującego nie obciążał obowiązek złożenia wyczerpującego uzasadnienia, gdyż zgodnie z przepisami ustawy ten wymóg jest wyłączony. Takim sam poglądem został wyrażony w piśmiennictwie: „Ciężar udowodnienia twierdzenia spoczywa na tej stronie lub tym uczestniku postępowania, którzy przytaczają twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (ei incumbit probatio qui dicit non qui negat). Wyjątek od tej zasady dotyczy udowodnienia, iż cena oferty nie zawiera ceny rażąco niskiej (art. 224 ust. 5 p.z.p.).” [J. Jerzykowski [w:] Odwołanie i skarga w zamówieniach publicznych. Artykuły 505–590 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 516.]

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. informacji o wyniku postępowania, na okoliczność ustalenia, czy odwołujący kwestionując jedynie czynności zamawiającego dotyczące badania i oceny oferty T.W. miał możliwość uzyskania zamówienia.

Izba oddaliła wnioski dowodowe:

- 1) o przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na fakty szczegółowo wskazane w uzasadnieniu, gdyż w uzasadnieniu odwołania z dnia 21 marca 2024 r. jak i w piśmie z dnia 27 marca 2024 r. nie zostały one skonkretyzowane, tak co do rodzaju dowodu jak i tezy dowodowej
- 2) o przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci opinii sporządzonej na zlecenie odwołującego przez biegłego rewidenta – na fakt minimalnych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, przewidywanych kosztów ponoszonych przez wykonawcę w ramach realizacji usługi objętej przedmiotowym zamówieniem oraz przewidywanych przychodów uzyskiwanych przez wykonawcę z uwagi na nie złożenie takiego dowodu do zamknięcia rozprawy,
- 3) o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości i finansów – na fakt minimalnych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, przewidywanych kosztów ponoszonych przez wykonawcę w ramach realizacji usługi objętej przedmiotowym zamówieniem oraz przewidywanych przychodów uzyskiwanych przez wykonawcę z uwagi na to, że przedmiotem sporu jest wycena oferty przez wykonawcę T.W. i sposób wykazania rzetelności wyceny w złożonych wyjaśnieniach, a nie ustalenie abstrakcyjnej ceny minimalnej za przedmiotowe świadczenie. Teza ta wykracza poza granice zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Na podstawie dopuszczonych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika, że najtańszą ofertę złożył przystępujący (cena - 505 120,00), na drugim miejscu Huber Hubert Wieczorek (cena 546 769,44), na trzecim odwołujący (cena 593 883,36). J.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Transportowe i Handel J.L.. nie złożył wymaganych wyjaśnień, tym samym zachodzą przesłanki odrzucenia jego oferty. Jak wynika z brzmienia art. 224 ust. 6 ustawy, oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, podlega odrzuceniu. Wykonawca ten zaoferował cenę 557 928,00zł.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła T.W. w charakterze uczestnika postępowania.

Izba nie dopatrzyła się podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 528 ustawy.

Izba uznała, że wnioski zamawiającego i przystępującego o oddalenie odwołania z uwagi na niewykazanie przesłanki dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy zasługują na uwzględnienie.

Przepis art. 505 ust. 1 ustawy definiuje przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania. Zgodnie z tym przepisem odwołanie przysługuje, gdy podmiot je wnoszący jest wykonawcą, uczestnikiem konkursu lub innym podmiotem, ale cechującym się szczególnymi walorami czyli:

- posiadaniem interesu w uzyskaniu zamówienia i
- poniesieniu lub możliwości poniesienia szkody, ale nie dowolnej, lecz będącej wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Niewątpliwie odwołujący jest wykonawcą, który wziął udział w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu. Sam ten jednak fakt nie jest wystarczający dla uznania, że ma on prawo wnosić środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie.

Odwołujący w treści wniesionego przez siebie odwołania powinien był wykazać, że:

1. zamawiający przez swoje działanie lub zaniechanie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy,
2. ma lub miał szansę na uzyskanie zamówienia (zamówienia rozumianego jako odpłatna umowa zawierana między zamawiającym, a wykonawcą, której przedmiotem w tym przypadku jest nabycie usług), w czym przejawia się jego interes we wniesieniu odwołania
3. niezgodne działania z ustawą działania lub zaniechania zamawiającego pozostają w adekwatnym związku przyczynowo-skutkowym z zagrażającą lub występującą po stronie odwołującego szkodą.

Dostęp do procedury odwoławczej nie jest nieograniczony, ani nie jest to rodzaj postępowania kontrolującego legalność wszystkich zachowań zamawiającego, w związku z tym już z dyrektywy odwoławczej wynika, że możliwość wniesienia odwołania dotyczy wyłącznie tych wykonawców, którzy mają lub mieli szansę na uzyskanie zamówienia. Nie jest niezbędne wskazanie w art. 516 ust. 1 ustawy na konieczność wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia jak i możliwości poniesienia szkody, skoro podobną regulację zawiera Kodeks postępowania odwoławczego w odniesieniu do interwenienta ubocznego, czy przy powództwie o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa z art. 189 kpc i nie budzi wątpliwości, że brak interesu w takiej sytuacji będzie skutkował albo niedopuszczeniem interwenienta, albo oddaleniem powództwa.

Wykazanie, że odwołujący spełnia te wszystkie elementy jest niezbędne, żeby uznać prawo odwołującego do wniesienia odwołania. Jest to jak już wskazano przesłanka materialna odwołania, zatem jej brak uniemożliwia uwzględnienie odwołania i powoduje, że odwołanie podlega oddaleniu. Zgodnie z art. 518 ustawy uzupełnieniu w odwołaniu podlegają wyłącznie braki formalne, brak pełnomocnictwa, brak dowodu uiszczenia wpisu w terminie. Tylko w takim przypadku Prezes Izby wzywa odwołującego do uzupełnienia odwołania. Do braków tych ustawodawca nie zaliczył braku wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody, co oznacza, że braku tego, ani z własnej inicjatywy odwołujący, ani na wezwanie Izby, uzupełniać nie wolno po upływie terminu na wniesienie odwołania. W ocenie Izby bezsporne jest pomiędzy stronami, a świadczy o tym pismo odwołującego – uzupełnienie odwołania, że odwołujący w odwołaniu z dnia 21 marca 2024 r. nie wskazał na to, że ma możliwość uzyskania zamówienia, a jedynie wadliwy (niezgodny z ustawą) wybór oferty najkorzystniejszej stoi temu na przeszkodzie. Odwołujący w odwołaniu z dnia 21 marca 2024 r., nie wskazał nawet jednym zdaniem, w czym upatruje się swojej szkody w związku z tym wyborem oferty najkorzystniejszej. Oznacza to, że odwołujący nie dopełnił obowiązku wykazania przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania.

Izba nie może ustalać istnienie tego interesu czy możliwości poniesienia szkody za odwołującego, na co wprost zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 27 marca 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 11/23, który Izba w całości aprobuje i uznaje jego wywody za własne.

Sąd Okręgowy w Warszawie zmienił wyrok Izby uznając, że Izba nie była władna rozpoznać zarzutów odwołania w sytuacji, gdy odwołujący nie wykazał jedynie jednej z przesłanek występujących w art. 505 ust. 1 ustawy, czyli szkody. W ocenie Sądu już tylko taki brak stanowił wystarczającą podstawę do oddalenia odwołania. Sąd podkreślił również, że Izba nie może zastępować odwołującego w obowiązku wykazania przesłanki materialnoprawnej z art. 505 ust. 1 ustawy. Sąd zważył bowiem w następujący sposób:

„Wbrew temu, co wskazała w uzasadnieniu do wyroku Krajowa Izba Odwoławcza Odwołujący/Uczestnik nie wykazał wypełnienia łącznie przesłanek 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 - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. Tymczasem Odwołujący na żadnym etapie postępowania nie powołał się na przesłankę szkody. Uczestnik nawet nie wskazał, że on jako Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, nie podniósł, że w razie uwzględnienia odwołania jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący nie wskazał jednej z określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanek, tj. poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy. Sąd Okręgowy – przy tak postawionym zarzucie Skarżącego i jego powtórzonym z postępowania odwoławczego uzasadnieniu, uważnie prześledził każde słowo uczestnika zawarte w odwołaniu. Odwołujący nie odniósł się w ogóle do jednej z przesłanek określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. poniesienia bądź możliwości podniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego. Samo posiadanie statusu wykonawcy - podmiotu który złożył ofertę w postępowaniu – i nawet wskazanie, że zajął 2 pozycję w rankingu oceny ofert - nie jest wystarczające do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej określonych w ustawie i w zasadzie nie rodzi żadnych skutków procesowych.

Podsumowując, w odniesieniu do przesłanki poniesienia szkody lub jej możliwości Odwołujący nie przedstawił zarówno twierdzenia, jak i jego uzasadnienia. Krajowa Izba Odwoławcza uzupełniła twierdzenia Odwołującego, odnosząc się do „oczywistej szkody”: „oczywistym jest że na skutek błędnej, niezgodnej z przepisami prawa decyzji zamawiającego, odwołujący może nie uzyskać zamówienia, co oznacza, że w takiej sytuacji poniesie szkodę. Na te okoliczności właśnie zwrócił uwagę Odwołujący w treści odwołania”. Tymczasem analiza odwołania prowadzi do odmiennych wniosków, albowiem Odwołujący na takie okoliczności nie zwrócił żadnej uwagi, nie podniósł takiego twierdzenia. W odwołaniu wniesionym w sprawie, Odwołujący uzasadniając interes we wniesieniu odwołania wskazywał jedynie, że „jego oferta jest druga pod względem złożonych ofert oraz kryterium oceny ofert. Tańsza, a tym samym wyżej sklasyfikowana w rankingu ofert - jest aktualnie oferta Wykonawcy (...)”.

Mając na uwadze taki stan faktyczny należy uznać, że Krajowa Izba Odwoławcza po prostu wyszła poza granice zarzutu. Krajowa Izba Odwoławcza nie może się domyślać przesłanki, nie może jej domniemywać. Co więcej Uczestnik nie tylko, że nie wykazał spełnienia tej przesłanki, ale również nie podniósł żadnej argumentacji w tym zakresie, nawet na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Tymczasem brak wskazania na szkodę, jaką mógłby ponieść odwołujący w wyniku rzekomego naruszenia przepisów PZP przez Zamawiającego, obligowało Krajową Izbę Odwoławczą do oddalenia odwołania. Przesłanka ta - wobec braku twierdzenia Odwołującego wymaganego art. 505 ust 1 Pzp - nie może być przedmiotem interpretacji stanu faktycznego sprawy dokonywanej przez Krajową Izbę Odwoławczą za Odwołującego. Słusznie podniesiono w skardze, iż obowiązkiem Izby jest jedynie ocena wskazanych przez odwołującego przesłanek.

Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Pzp stanowi implementację do prawa krajowego dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz. U. L 335, s. 31), czyli tzw. dyrektywy odwoławczej.

Analiza omawianego przepisu ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że w celu korzystania ze środków ochrony prawnej wykonawca zobowiązany jest wykazać nie tylko interes w uzyskaniu zamówienia, ale także poniesienie lub możliwość poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań zamawiającego. Obydwie te przesłanki muszą być spełnione łącznie. Ponadto między szkodą grozącą wykonawcy, a naruszeniami ustawy Pzp zarzucanymi w odwołaniu, musi zostać wykazany adekwatny związek przyczynowo-skutkowy. Powyższe wynika z charakteru postępowania odwoławczego. Postępowanie odwoławcze ma bowiem na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, a nie ochronę interesu publicznego przez sprawowanie nadzoru nad prawidłowością prowadzenia postępowania.

Prawidłowo w tym zakresie podnosi Skarżący, iż interesem w uzyskaniu zamówienia nie jest wskazywana przez Odwołującego „konieczność zapewnienia zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami (interes prawny sensu largo)”. Wprawdzie szerokie zakreślenie w ustawie kręgu osób legitymowanych do wniesienia środka ochrony prawnej ma swoje źródło w postanowieniach art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG, który stanowi, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, jednakże który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Sąd Okręgowy, Sąd Zamówień Publicznych ponownie wskazuje, że w okolicznościach przedmiotowego postępowania, przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia, nie została wykazana. Jak zostało już wskazane powyżej, kolejna materialnoprawna przesłanką wniesienia odwołania, czyli zaistnienie lub potencjalne zaistnienie szkody, nie została spełniona przez Odwołującego (Odwołujący nigdy nie powołał się na nią) Pzp nie wskazuje, czy chodzi o stratę (tj. szkodę majątkową), czy także o krzywdę (szkodę niemajątkową). W zakresie omawianej przesłanki, Odwołujący w ogóle nie przedstawił żadnego twierdzenia i żadnej argumentacji. Bezprawne było twierdzenie Izby, iż przesłanka szkody w tym wypadku jest oczywista, bowiem obowiązek wskazania na szkodę we wniesieniu odwołania spoczywał na Odwołującym, a nie na Krajowej Izbie Odwoławczej.

Reasumując tę część rozważań Sądu Okręgowego, zasadnym jest podniesienie, że brak wykazania spełnienia przesłanek wynikających z art. 505 ust. 1 Pzp stanowiło wystarczającą podstawę do oddalenia odwołania wniesionego w przedmiotowym postępowaniu.”

Brak zatem wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody w odwołaniu wniesionym w dniu 21 marca 2024 r. nie mógł być, ani uzupełniony po upływie terminu do wniesienia odwołania (który upłynął odwołującemu w dniu 25 marca 2024 r.), ani domniemany z okoliczności faktycznych wynikający z postępowania o udzielenie zamówienia.

Biorąc te okoliczności pod uwagę Izba oddaliła przedmiotowe odwołanie z braku wykazania przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania określonej w art. 505 ust. 1 ustawy.

Skoro odwołanie było niedopuszczalne, to Izba nie mogła rozpoznać zarzutów merytorycznych odwołania, z tego też

względu Izba nie odniesie się do stanowiska przystępującego dotyczącego braku wskazania w odwołaniu podstaw faktycznych podniesionych zarzutów.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu i obciążając kosztami uiszczonego wpisu - odwołującego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....