

Sygn. akt: KIO 2537/23

WYROK
z dnia 12 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 12 września 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 sierpnia 2023 roku przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe IPB spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gmina Lublin

przy udziale wykonawcy Multidekor spółka akcyjna z siedzibą w Piastowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2537/23 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe IPB spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe IPB spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Zabrze tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe IPB spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze na rzecz Zamawiającego Gminy Lublin kwotę 3 600,00 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok -

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2537/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Lublin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Renowacja iluminacji świąteczno-noworocznej miasta Lublin*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 lipca 2023 roku pod nr 2023/BZP 324556.

W dniu 28 sierpnia 2023 roku Odwołujący działając na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.; dalej: ustawy) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegające na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MULTIDEKOR S.A. z siedzibą

w Piastowie przy wcześniejszym odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które zdaniem Zamawiającego nie uzasadniają podanej

w ofercie ceny - Zamawiający wezwał wykonawcę IPB do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, lecz uznał, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawcy IPB nie wykazał, że oferowana cena zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, oraz nie złożył odpowiednich dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, czym Zamawiający zaniechał czynności wszechstronnej i starannej weryfikacji wyjaśnień IPB zawartych w piśmie z dnia

11 sierpnia 2023r. przez co ocenę wyjaśnień IPB należy uznać za wadliwą,

- wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podczas gdy nie istniał obowiązek badania, czy cena nie jest zaniżona, a to ze względu na błąd Zamawiającego przy ustalaniu wartości zamówienia. Wątpliwości Zamawiającego zbudziła niska cena realizacji zamówienia tj. cena ofertowa 299 681,63 zł. brutto, która jest niższa o co najmniej 30%

od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania tj. od kwoty 303 189, 10 zł. (wartość zamówienia 433 127,28 zł.). Wskutek błędu Zamawiającego, który oszacował wartość zamówienia na kwotę 433 127,28 zł. nastąpiło znaczące zawyżenie tej wartości w stosunku do wszystkich złożonych ofert, stanowiąc niewiarygodny punkt odniesienia do porównania z cenami ofert,

- zaniechaniu przez Zamawiającego, w przypadku uznania wyjaśnień Odwołującego

za niewystarczająco rozwiewające wątpliwości, ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 239 ust 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1, art. 224 ust 5 i 6 ustawy przez wybór oferty MULTIDEKOR S.A., która nie powinna być wybrana jako oferta najkorzystniejsza, przez bezpodstawne zwrócenie się o udzielenie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny (kiedy rozbieżność ta wynikała z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia- błędu Zamawiającego); zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Wykonawcę IPB ceny oraz odrzucenie oferty IPB wobec uznania, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności w postępowaniu:

- unieważnienia czynności z dnia 23 sierpnia 2023r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,
- powtórnego, prawidłowego wyliczenia wartości zamówienia,
- powtórzenia czynności badania i oceny oferty złożonej przez IPB,
- wyboru oferty Odwołującego - IPB jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie podstawowym bez negocjacji, na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy, szczególne wymagania Zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia zostały zawarte w Specyfikacji Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ.

Zgodnie z rozdziałem 15 SWZ cena oferty winna obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zadania niezbędne do jego wykonania, z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków, a w szczególności: koszt komponentów użytych do renowacji iluminacji, koszt czyszczenia, lakierowania oraz wymiany komponentów użytych do renowacji iluminacji, koszty obsługi logistycznej i transportu, zysk Wykonawcy.

Zamawiający dokonał otwarcia ofert, a następnie w dniu 9 sierpnia 2023r. wezwał Wykonawcę IPB do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca IPB pismem z dnia 11 sierpnia 2023r. przedłożył oświadczenie o poprawności i kompleksowości złożonej oferty, a także wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny wraz z szczegółową kalkulacją ceny ofertowej — Zestawieniem kosztów poniesionych przez Spółkę przy realizacji zamówienia oraz podsumowanie zysku.

Odnosząc się szczegółowo do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny Odwołujący podał:

A. W wezwaniu Zamawiający jasno sprecyzował, że wymaga szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1. zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018r. poz. 4 21770raz z 2019r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

2. zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi z miejsca, w którym realizowane jest zamówienie.

Wykonawca IPB- w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oświadczył, że:

- Pracownicy przewidziani do realizacji zadania” Renowacja świąteczno – noworocznej iluminacji Miasta Lublin” są zatrudnieni w Przedsiębiorstwie IPB na podstawie umów o pracę. Zgodnie z przepisami, zatem ich wynagrodzenie jest wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe IPB Sp. z o.o. działa zgodnie z przepisami prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. Wyjaśnienia IPB opierają się na oświadczeniu, że wszyscy pracownicy są zatrudnieni na umowę o pracę i pobierają wynagrodzenie wyższe od minimalnego. To oświadczenie w niniejszym przypadku winno być uznane za wystarczające w ocenie Odwołującego.

Wykonawca w momencie składania oferty zadeklarował termin wykonania zadania do dnia 24 listopada 2023 r., wobec powyższego w momencie składania wyjaśnień ceny w dniu 11 sierpnia 2023r. posiadał świadomość tego, że w okresie realizacji zadania, jeszcze w 2023 roku, wynagrodzenie, jakie przyjął w swojej kalkulacji, nie wzrosło.

Powszechnie znany jest fakt, że minimalna stawka godzinowa zmieniona zostanie od 1 stycznia 2024 roku i wyniesie od 1 stycznia 2024 roku 27,70 zł brutto. Odwołujący, składając oświadczenie o zatrudnieniu pracowników na podstawie umów o pracę oraz o przysługującym im wynagrodzeniu wyższym niżeli minimalne wynagrodzenie, w okresie w którym będą oni wykonywać zadanie, przyjął więc stałe, nie ulegające zmianie w okresie do 24 listopada 2023 r. składniki wynagrodzenia. Dlatego też porzucił na oświadczeniu o zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Podobnie, uzasadniona jest deklaracja zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Wykonawca IPB założył identyczne wynagrodzenie dla wszystkich osób zatrudnionych do wykonania zamówienia jako pracowników działu produkcyjno — elektrycznego. W SWZ Zamawiający nie wymagał dysponowania przez wykonawcę określonymi osobami, dlatego też nie było potrzeby różnicowania w kalkulacji poszczególnych stawek wynagrodzenia (z uwzględnieniem wykształcenia, doświadczenia, kwalifikacji, zakresu obowiązków, czy odpowiedzialności poszczególnych z nich - specyfika prac będących przedmiotem zamówienia nie wymaga bowiem udziału osób o szczególnym zakresie doświadczenia, kwalifikacji czy z odpowiednim wykształceniem).

B. Zamawiający żądał wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie przedstawienia kalkulacji ceny ofertowej biorąc przy tym pod uwagę zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia, a w szczególności wykonawca winien podać wartość każdego z elementów wskazanych w wezwaniu.

W wyjaśnieniach Wykonawca IPB stwierdził, że cena oferty została obliczona przy uwzględnieniu wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, że wzięto pod uwagę zarówno koszty renowacji, zgodnie z opisem zamówienia (koszty zakupu materiałów i surowców, zużycia energii elektrycznej oraz eksploatacji maszyn i urządzeń wykorzystywanych do produkcji dekoracji, kosztów wynagrodzeń pracowników), jak również koszty transportów z magazynu Zamawiającego do siedziby firmy oraz transport powrotny. Załączył jako dowód zestawienie precyzujące poszczególne elementy kosztów, wskazane w wezwaniu Zamawiającego z dnia 09.08.2023 r.

Z uwagi na wskazane przez Zamawiającego rozbieżności poszczególnych elementów składających się na całościową cenę wskazaną w ofercie, Wykonawca IPB przystąpił do zweryfikowania poszczególnych grup tych kosztów celem wykazania, że rozbieżność wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania do ceny całkowitej oferty Wykonawcy IPB (jak i dwóch pozostałych Ofert) wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 224 ust. 2 pkt 1 PzP) - jest wynikiem błędu Zamawiającego. Odwołujący przedstawił więc wyliczenie wartości rynkowej kosztów zamówienia netto, obrazujące niezbędne do poniesienia koszty zakupu materiałów/ komponentów (niezbędne do wykonania usług renowacji), usług malowania/czyszczenia (przy założeniu stawki godzinowej pracy stanowiącej 120% minimalnego wynagrodzenia) oraz usługi transportu (poprzez wskazanie średniej ofert trzech firm transportowych: Just In Time Logistics, MIO Logistics, VIRTUS Logistics) według aktualnie obowiązujących na rynku cen.

Powyższe obliczenia obrazują błędne, nierynkowe wyliczenia przejęte przez Zamawiającego, czyniące ofertę Wykonawcy IPB rażąco zaniżoną, powstałą jednak jedynie przez błędny, nierealny, nierynkowy punkt odniesienia. Wartość netto zamówienia według Zamawiającego to kwota 433 127,28 zł., rynkowa — prawidłowa wartość zamówienia to koszt w wysokości 135 451,69 zł. (wartość wykazana w tabeli) powiększony o koszty transportu 7600 zł. tj. 143.051 ,69 zł. (brutto: 175 953,57 zł.) oraz o marżę. Przy założeniu marży 50%, rynkowa wartość zamówienia to 263 930,35 zł. brutto.

Tym samym Zamawiający przeszacował (przy założeniu marży 50%) wartość zamówienia o kwotę 169 196,93 zł. Obowiązek badania, czy cena nie jest zaniżona, nie powstaje w sytuacji, w której nawet mimo przekroczenia różnicy 30% pomiędzy ceną oferty a wartością zamówienia (plus VAT) fakt wystąpienia tej różnicy wynika z

okoliczności oczywistych. Takie bowiem nie wymagają wyjaśnień (clara non sunt interpretanda). Taką okolicznością może być np. błąd zamawiającego przy ustalaniu wartości zamówienia, która wskutek tego okaże się znacząco zawyżona w stosunku do wszystkich złożonych ofert, stanowiąc niewiarygodny punkt odniesienia do porównania z cenami ofert. Może to być także sytuacja, w której różnica pomiędzy średnią arytmetyczną cen ofert a ceną oferty badanej występuje wskutek znacznego zawyżenia średniej, np. poprzez uwzględnienie w niej oferty o rażąco zawyżonej w stosunku do pozostałych cenie (tak, komentarz do art. 224 PzP, Dzierżanowski Włodzimierz, WKP 2021.).

C. Wykonawca czyni również Zamawiającemu zarzut, iż po otrzymaniu pisma z dnia 11.08.2023 r. wraz z zestawieniem — kalkulacją jako dowodem, nie wezwał Wykonawcy ponownie do doprecyzowania kwestii, które nadal w jego ocenie pozostawały wątpliwe. Możliwość żądania przez Zamawiającego doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny znajduje zastosowanie jedynie w przypadku szczegółowego oraz konkretnego udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień. Przesłanką decydującą o tym, czy zasadne jest powtórne wezwanie wykonawcy do wyjaśnień, jest treść pierwotnie udzielonych przez niego wyjaśnień.

Wykonawca udzielił odpowiedzi na każde z zadanych pytań, ustosunkował się do każdej z wątpliwych kwestii wskazanych w wezwaniu z dnia 09.08.2023 r. W szczególności przedłożył szczegółową kalkulację ceny ofertowej, wskazując na każdy z wymieniony przez Zamawiającego elementów, kalkulację, która pozwalała Zamawiającemu na dokładną jej weryfikację, biorąc pod uwagę wysoki stopień uszczegółowienia opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że przede wszystkim, w niniejszym postępowaniu Zamawiający, mając na uwadze załączone do odwołania zestawienie, jak też biorąc pod uwagę średnią arytmetyczną cen ofertowych (wszystkich trzech ofert) winien raz jeszcze zweryfikować wszystkie elementy składające się na skalkulowanie wartości zamówienia na poziomie 433 127, 28 zł. brutto. Po ponownej prawidłowej kalkulacji wartości zamówienia, wykonawca winien raz jeszcze dokonać badania ofert.

W świetle wyżej opisanego stanu faktycznego oraz argumentacji prawnej podanej dla uzasadnienia zarzutów odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie w całości.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 sierpnia 2023 roku od czynności Zamawiającego z dnia 23 sierpnia 2023 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej. Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem. Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony i uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

Do akt sprawy odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego z dnia 6 września 2023 roku „Odpowiedź na odwołanie”, gdzie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 11 września 2023 roku do akt sprawy odwoławczej wpłynęło pismo uczestnika postępowania odwoławczego wykonawcy Multidekor spółka akcyjna z siedzibą w Piastowie, który to wykonawca wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba zważyła:

Izba stwierdziła, że **Odwolujący nie wykazał wypełnienia łącznie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy – 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.

Odwołujący nie podaje w treści odwołania przesłanego (e-puap) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, które to odwołanie podlega rozpoznaniu przez Izbę, żadnego uzasadnienia w zakresie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, oraz nie uzasadnia

w żaden sposób poniesienia lub możliwości poniesienia szkody. Wynika to jednoznacznie

z treści odwołania, która została odzwierciedlona w części historycznej uzasadnienia wyroku. Brak jest zatem wskazania zaistnienia dla skuteczności odwołania obowiązkowych przesłanek określonych w art. 505 ust. 1 ustawy.

Izba mając na uwadze całość okoliczności w przedmiotowej sprawie objętych tym odwołaniem stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał legitymacji do wnoszenia odwołania.

Odwołujący nie wykazał materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności wniesienia odwołania, bowiem w ogóle nie wykazał określonych w art. 505 ust. 1 ustawy przesłanek

tj. interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy.

Wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego ten ostatni musi wykazać na moment wniesienia odwołania, a stanowisko w tym zakresie musi zostać zawarte w odwołaniu.

Pierwszą z materialnoprawnych przesłanek wniesienia odwołania jest wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia i choć ustawa nie wprowadza definicji tego pojęcia

to w oparciu o stanowiska doktryny oraz ugruntowane w orzecznictwie Izby stanowiska należy wskazać, że wiąże się on z chęcią uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie. Niezbędnym do wykazania interesu

w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia, a interes Odwołującego musi być utożsamiany z doznany przez wykonawcę uszczerbkiem interesu własnego w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu, w wyniku naruszenia przepisów ustawy. Izba podkreśla, że samo złożenie odwołania i kwestionowanie czynności czy zaniechań Zamawiającego nie stanowi wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia. Również nie może być uznane za wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia podnoszenie danych zarzutów

i argumentacja faktyczna uzasadniająca naruszenie danego przepisu ustawy w zakresie prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia publicznego.

Drugą przesłanką legitymacji czynnej, której spełnienie musi nastąpić kumulatywnie wraz

z przesłanką interesu w uzyskaniu danego zamówienia jest wykazanie przez Odwołującego, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. Na kanwie zamówień publicznych, szkoda co do zasady będzie rozumiana jako szkoda majątkowa z tego względu, że utrata możliwości uzyskania zamówienia ma charakter ekonomiczny. Szkoda jakiej poniesienie lub możliwość poniesienia musi wykazać Odwołujący musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem podnoszonych przez Odwołującego w zarzutach przepisów ustawy.

Izba podkreśla, że obowiązek wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia szkody

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy został wprowadzony

do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych wraz z jedną z kolejnych nowelizacji tejże ustawy dokonaną dnia 2 grudnia 2009 roku, na mocy ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. nr 223 poz.1778) która weszła w życie w dniu 29 stycznia 2010 roku. Na mocy tej nowelizacji ustawodawca przyznał prawo do skutecznego wniesienia *środków ochrony prawnej określonych w dziale VI ustawy wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy*. Zmiany jakie zostały wprowadzone miały na celu w zakresie środków ochrony prawnej, między innymi, implementację do prawa krajowego postanowień dyrektywy 200/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 roku zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/WE i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz UE L 335 z 20 grudnia 2007 roku).

W wyniku tej zmiany wykonawca składając odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej winien był wykazać, że *posiada lub posiadał interes w uzyskaniu zamówienia*, jak również przepisy znowelizowanej ustawy wprowadziły konieczność wykazania przez wykonawcę, że *poniósł lub może podnieść szkodę w wyniku naruszeń przepisów ustawy*. Powyższe regulacje prawne znajdują swoją szeroką wykładnię w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz są niezmiennie od 2010 roku, gdy zaczęły obowiązywać w porządku prawnym zamówień publicznych. Przesłankę szkody bada się na dzień wnoszenia odwołania w odniesieniu

do czynności Zamawiającego jakie zostały upublicznione, przy czym wykonawca w złożonym odwołaniu musi tę przesłankę wykazać (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2021 roku sygn. akt KIO 373/21; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2023 roku sygn. akt KIO 752/23).

W sposób jednoznaczny odnosi się również do tej problematyki doktryna, gdzie

w Komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 roku Urzędu Zamówień Publicznych (red. H. Nowak i M. Winiarz) podano, że „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 lub nagrody w konkursie, 2) poniósł lub może ponieść szkodę, 3) poniesiona lub możliwa do poniesienia szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.”

Obligatoryjny charakter przesłanek i konieczność ich wykazania w postępowaniu przez składającego odwołanie wykonawcę potwierdza również art. 505 ust. 2 ustawy, zgodnie

z którym uprawnionymi do wniesienia odwołania wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia są organizacje wpisane na listę (art. 469 pkt 15

ustawy) oraz Rzecznik Małych

i średnich Przedsiębiorców, które to podmioty z natury rzeczy nie wykazują przesłanek wskazanych w art. 505 ust. 1 ustawy.

W przedmiotowej sprawie odwoławczej wykonawca Odwołujący nie wykazał kumulatywnego spełnienia przesłanek skutecznego wniesienia odwołania, bowiem w ogóle nie wykazał spełnienia którejkolwiek z przesłanek. Izba podkreśla w tym miejscu,

że w przypadku tej sprawy odwoławczej Odwołujący nie wykazał spełnienia obu

z określonych przesłanek w art. 505 ust. 1 ustawy. Niemniej, brak wykazania choćby jednej

z nich powoduje nieskuteczność złożonego dowołaania. Odwołujący w ocenie Izby

nie wykazał potencjalnego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie odniósł się

do przesłanki poniesienia bądź możliwości podniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez

Zamawiającego. Wymaga odnotowania, że posiadanie statusu wykonawcy – podmiotu który złożył ofertę w

postępowaniu – nie jest wystraszające

do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej określonych ustawą i w zasadzie nie rodzi żadnych skutków

procesowych.

W okolicznościach tej sprawy Izba powołując wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 roku sygn.

akt IX Ga 44/08, który mimo wydania w obowiązującym wtedy stanie prawnym pozostaje aktualny również obecnie – co

potwierdzają odwołania do tego orzeczenia – a który w sposób jednoznaczny potwierdza, że 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 określonemu 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; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2023 roku

sygn. akt KIO 752/23).

W związku z powyższym bezprzedmiotowym są wszystkie dowody złożone przez Strony postępowania w tej sprawie

odwoławczej.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględni odwołanie

w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ

lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu

lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz

w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W

przedmiotowej sprawie odwołanie, z przyczyn wskazanych powyżej, okazało się niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574

ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu

pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:.....