Sygn. akt KIO 1918/23

POSTANOWIENIE

z dnia 14 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Michał Pawłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 14 lipca 2023 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2023 r. przez wykonawcę POLNETKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Telewizja Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawcy TDC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1918/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Odrzuca odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w całości odwołującego – wykonawcę POLNETKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu
i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego – wykonawcę POLNETKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.) na niniejsze postanowienie –
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 1918/23

Uzasadnienie

Telewizja Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na:*„dostawę elementów ściany diodowej wraz ze sterowaniem do studia TVP Wilno”.* Numer referencyjny tego zamówienia to ZP/TITT/132/2022.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 stycznia 2023 r., pod numerem 2023/S 006-013362.

W dniu 3 lipca 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca POLNETKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie na:

1) niezgodne z przepisami ustawy PZP zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy TDC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, zwanego dalej „wykonawcą TDC”, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP,

2) niezgodną z przepisami ustawy PZP czynność Zamawiającego polegającą na wyborze oferty wykonawcy TDC jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TDC pomimo tego, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. z pkt 3.1.14 Opisu Przedmiotu Zamówienia, Rozdzielczość procesingu kolorów: minimum 24 bity, ponieważ maksymalna wartość przetwarzania kolorów przez oferowany przez wykonawcę TDC sprzęt wynosi 18 bitów,

2) art. 239 ust. 1 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę TDC jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy wykonawca ten złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia.

W konsekwencji podniesionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie

Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) odrzucenie oferty wykonawcy TDC.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu spełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy PZP Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, zgodnie z wymogami tego przepisu, albowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, wszystkie oferty zostałyby odrzucone, co skutkowałoby koniecznością unieważnienia postępowania, a tym samym Odwołujący uzyskałby szansę zdobycia kontraktu w kolejnym ogłoszonym przez Zamawiającego postępowaniu. Odwołujący dodał, że w świetle art. 505 ust. 1 ustawy PZP interes w uzyskaniu zamówienia powinien być interpretowany szeroko jako odnoszący się nie do uzyskania zamówienia
w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. Odwołujący spuentował, że wskutek błędnej decyzji Zamawiającego został on pozbawiony możliwości uzyskania kontraktu i osiągnięcia z tego tytułu zysku w przyszłości, co bezpośrednio naraża go na poniesienie szkody.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający w dniu 23 czerwca 2023 r. jako najkorzystniejszą ofertę w przedmiotowym postępowaniu wybrał ofertę wykonawcy TDC, której przyznał 100 pkt. Oferty pozostałych wykonawców zostały odrzucone, w tym oferta:

1) Odwołującego – na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP,

2) wykonawcy SHADOK AV Piechuła Spółka komandytowa z siedzibą w Zabrzu – na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP,

3) wykonawcy 4VISIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Opaczy-Kolonii – na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c, art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP,

4) wykonawcy WIZJA MULTIMEDIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie – na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP.

Żaden z wykonawców, których oferty zostały odrzucone przez Zamawiającego, nie zaskarżył odwołaniem tych czynności Zamawiającego. Jedynie Odwołujący wniósł odwołanie, ale tylko na czynność wyboru oferty wykonawcy TDC oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Z ustalonego stanu faktycznego wynika, że w niniejszej sprawie zachodzi przeszkoda formalna do rozpoznania odwołania, wobec czego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołanie złożone przez wykonawcę POLNETKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu podlega odrzuceniu.

Art. 528 pkt 2 ustawy PZP stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy PZP 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. W myśl art. 7 pkt 30 ustawy PZP przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższej definicji legalnej wynika, że status wykonawcy wiąże się z aktywnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub też z realizacją samego zamówienia. Chodzi zatem o podmiot czynnie ubiegający się o uzyskanie kontraktu publicznego i posiadający ważną ofertę, tj. taki podmiot, który nie został wykluczony
z postępowania przetargowego przez zamawiającego i którego oferta nie została odrzucona.

Chociaż Odwołujący posiadał status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu w rozumieniu definicji legalnej z art. 7 pkt 30 ustawy PZP, ponieważ złożył ofertę i ubiegał się o udzielenie zamówienia, to ze względu na odrzucenie jego oferty i to z dwóch podstaw prawnych (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP), czego w ogóle nie zakwestionował poprzez wniesienie odwołania, utracił status aktywnego uczestnika postępowania przetargowego. Należy przy tym wyraźnie podkreślić, że samo złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawcę nie gwarantuje mu zachowania statusu wykonawcy przez cały czas trwania postępowania, co

bezpośrednio wpływa na możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie PZP. Status wykonawcy można w sposób nieodwracalny utracić, np. z powodu zaniechania przez wykonawcę zaskarżenia odwołaniem czynności odrzucenia jego oferty z postępowania przez Zamawiającego. W niniejszej sprawie zarzuty odwołania odnoszą się jedynie do czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy TDC jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oraz zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wybranego wykonawcy. Odwołujący nie zakwestionował wcale czynności odrzucenia jego oferty, nie bronił swojej oferty, tylko skupił się na zwalczaniu oferty swojego konkurenta. Wskutek powyższego Odwołujący sam zrezygnował ze swojego statusu wykonawcy – aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podobne stanowiska Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła już m.in. w postanowieniu z dnia 19 lutego 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 386/21 i postanowieniu z dnia 18 lutego 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 327/22.

Należy mieć też na względzie wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie o sygn. akt C-131/16 (*Archus et Gama*), w którym Trybunał wypowiedział się na temat możliwości przyznania ochrony prawnej wykonawcy w sytuacji, gdy odrzucony wykonawca nie zgadzając się z decyzjami instytucji zamawiającej dokonuje ich zaskarżenia:
„w sytuacji (…), w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta (...)". Zatem z wyroku Trybunału w sprawie o sygn. akt C-131/16 wypływa wniosek, że aby można było mówić o istnieniu interesu konkretnego wykonawcy w korzystaniu ze środków ochrony prawnej niezbędne jest zaskarżenie przez niego obydwu decyzji zamawiającego, tj. zarówno decyzji o odrzuceniu jego oferty (lub wykluczeniu z postępowania), jak również decyzji o wyborze oferty jego konkurenta jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (podobne zapatrywanie Izba wyraziła w przywołanym już powyżej postanowieniu z dnia 19 lutego 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 386/21).

Zgodnie z art. 528 pkt 2 ustawy PZP Izba odrzuca odwołanie,jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Natomiast zgodnie z art. 529 ust. 1 ustawy PZPIzba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym. W ocenie Izby Odwołujący nie jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania, gdyż wskutek zaniechania wniesienia odwołania wobec czynności odrzucenia jego oferty, nie miał interesu we wniesieniu odwołania kwestionującego wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy. Izba uznała zatem, że z powodu wniesienia odwołania przez podmiot nieuprawniony na podstawie przywołanych powyżej przepisów odwołanie podlega odrzuceniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie § 8 ust. 1 w zw. z § 5 ust. 2 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).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……