Sygn. akt KIO 2872/23

POSTANOWIENIE

z dnia 16 października 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron w dniu 16 października 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

2 października 2022 roku przez **wykonawcę SIGNUM PROJECT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Przemyśl**

postanawia:

1.odrzuca odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża Odwołującego **SIGNUM PROJECT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) 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 2872/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – **Gmina Miejska Przemyśl** – prowadzi postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na „Wyposażenie centrum dowodzenia Twierdza Przemyśl w ramach projektu razem zmienimy Przemyśl" (numer referencyjny: ZP.271.2.12.2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr S 117 z 20 czerwca 2023 r. pod numerem 2023/S 117-367365-2023).

W ramach prowadzonego postępowania w dniu 21 września 2023 r. Zamawiający uznał ofertę New Amsterdam Sp. z o.o. („New Amsterdam") za najkorzystniejszą, jednocześnie odrzucając ofertę SIGNUM PROJECTPodstawą odrzucenia oferty SIGNUM PROJECT była jej niezgodność z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 5 Pzp).

W dniu 2 października 2023 roku wykonawca SIGNUM PROJECTSpółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w trybie art. 513 i nast. ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty New Amsterdam, która powinna zostać odrzucona jako niezgodna ze specyfikacją warunków zamówienia;
2. zaniechania czynności Zamawiającego polegającej na nie odrzuceniu oferty złożonej przez oferenta Deko-Bau spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubinie (dalej jako „Deko-Bau"), która powinna zostać odrzucona jako niezgodna ze specyfikacją warunków zamówienia;
3. od czynności Zamawiającego podjętej w Postępowaniu polegającej na odrzuceniu w dniu oferty Odwołującego, która jest zgodna ze specyfikacją warunków zamówienia

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. i art. 66 k.c. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty New Amsterdam jako niezgodnej ze specyfikacją warunków zamówienia, nie zostały bowiem spełnione wymagania Zamawiającego określone w załączniku nr 5 do SWZ – SOPZ: w poz. nr 33 specyfikacji OPZ (komputer i oprogramowanie do mappowania i blendowania), w poz. nr 49 specyfikacji OPZ (kamera głębi), w poz. nr 56 specyfikacji OPZ (oprogramowanie do mappowania i blendowania), w poz. nr 79 specyfikacji OPZ (komputer), w poz. nr 100 specyfikacji OPZ (laserowy bezprzewodowy czytnik kodów kreskowych) oraz w kolumnie „F" formularza cenowego w załączniku nr 12 do SWZ – podczas gdy oferent New Amsterdam w swojej ofercie przedstawił urządzenia/produkty nie dające się bezspornie zidentyfikować oraz o parametrach niespełniających wymagań określonych w ww. dokumencie Zamawiającego;

2.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp i art. 66 k.c. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Deko-Bau jako niezgodnej ze specyfikacją warunków zamówienia, nie zostały bowiem spełnione wymagania Zamawiającego określone w załączniku nr 5 do SWZ – SOPZ w poz. nr 21, 87, 95 specyfikacji OPZ (spliter audiojack), w poz. nr 73 specyfikacji OPZ (wzmacniacz), w poz. nr 100 specyfikacji OPZ (czytnik kodów kreskowych i monitor) oraz w poz. nr 109 specyfikacji OPZ (wyposażenie biura w postaci urządzenia wielofunkcyjnego) oraz w kolumnie „F" formularza cenowego w załączniku nr 12 do SWZ dla pozycji nr 100 – podczas gdy oferent Deko-Bau. w swojej ofercie przedstawił

urządzenia/produkty nie dające się bezspornie zidentyfikować oraz o parametrach niespełniających wymagań określonych w ww. dokumencie Zamawiającego;

3.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp i art. 66 k.c. poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej ze specyfikacją warunków zamówienia z uwagi na niespełnienie wymagania Zamawiającego określonego w załączniku nr 5 do SWZ – SOPZ w pozycji nr 100 specyfikacji OPZ (laserowy, bezprzewodowy czytnik kodów kreskowych i QR) oraz w kolumnie „F" formularza cenowego – podczas gdy Odwołujący Signum Project w swojej ofercie przedstawił urządzenia o parametrach spełniających wszystkie wymagania określone w ww. dokumencie Zamawiającego i prawidłowo wypełnił wszystkich kolumny formularza „F", a zatem jego oferta była zgodna ze specyfikacją warunków zamówienia i nie powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego;

a w konsekwencji doszło do:

4.naruszenia art. 239 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty oferenta New Amsterdam, która powinna podlegać odrzuceniu, zaniechanie odrzucenia oferty Deko-Bau oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej według oceny przesłanek z art. 239 ust. 2 Pzp i spełniającej wszystkie wymogi Zamawiającego.

Odwołujący wnosił o:

1.nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oferenta New Amsterdam;

2.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert;

3.nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i odrzucenie oferty oferentów New Amsterdam i Deko-Bau jako niezgodnych ze specyfikacją warunków zamówienia oraz odrzucenie oferty oferenta Tronus Polska sp. z o.o. (dalej „Tronus") z uwagi na brak złożenia wadium oraz nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i spełniającej wszystkie wymogi specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione w terminie. Odwołujący złożył Zamawiającemu kopię odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia i terminowo uiścił wpis od
w prawidłowej wysokości na właściwy rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący uzasadniając interes we wniesieniu odwołania wskazał, że jego oferta znajdowała się na drugim miejscu pod względem kwoty, jaką zaoferowano w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odrzucenie zatem przez Zamawiającego oferty New Amsterdam na skutek niniejszego odwołania (przy odrzuceniu oferty Tronus) gwarantuje Odwołującemu, iż Zamawiający podpisze z nim umowę o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej sytuacji oferta Odwołującego znajduje się bowiem na pierwszym miejscu. Co za tym idzie, nie odrzucenie oferty New Amsterdam oraz jednoczesne odrzucenie oferty Odwołującego przez Zamawiającego (przy odrzuceniu oferty Tronus) pozbawia Odwołującego możliwości podpisania umowy.

W ocenie Odwołującego istnieje po jego stronie interes do złożenia odwołania, który umożliwia mu złożenie odwołania w niniejszej sprawie, gdyż stosownie do art. 505 ust. 1 p.z.p. środki ochrony prawnej przewidziane przez ustawę p.z.p. 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. Aby móc złożyć odwołanie muszą zostać łącznie spełnione obie powyższe przesłanki: (1) interes w uzyskaniu zamówienia bądź w uzyskaniu nagrody w konkursie oraz (1) poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia zamawiającego objętego odwołaniem.

Interes w uzyskaniu zamówienia musi być przypisany do danego wykonawcy w danym zamówieniu. Nie chodzi tu bowiem o ochronę ogólnie pojętej praworządności i korygowania nieprawidłowości działań czy też zaniechań zamawiającego. Odwołujący wskazał za Urzędem Zamówień Publicznych, że interes prawny w orzecznictwie oraz doktrynie ujmowany jest jako kategoria materialnoprawna. Ponieważ posiadanie tego interesu decyduje o istnieniu legitymacji czynnej do wniesienia środka ochrony prawnej, to musi on zostać wykazany na etapie wnoszenia danego środka, a następnie jego istnienie jest weryfikowane przez skład orzekający. W orzecznictwie KIO i sądów okręgowych, ukształtowanym w oparciu o dotychczasowe brzmienie art. 179 p.z.p. (wciąż aktualne jak jednoznacznie potwierdza doktryna), wskazuje się, że interes prawny (aktualnie interes w uzyskaniu zamówienia) polega na istnieniu niepewności stanu prawnego lub prawa odwołującego o charakterze obiektywnym. Naruszenie tak rozumianego interesu prawnego polega zatem na utraceniu przez wykonawcę lub inny podmiot szans na wygranie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić nadto należy, iż oczywistym jest iż żądanie odwołującego powinno wskazywać na zabieganie o zamówienie oraz możliwość jego uzyskania, a nie wyłącznie zmierzanie do unieważnienia postępowania.

W niniejszej sprawie taka sytuacja zdaniem Odwołującego zachodzi, bowiem z uwagi na treść oferty Odwołującego po uwzględnieniu odwołania będzie mógł on podpisać z Zamawiającym umowę o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wskazano w wyroku KIO 873/19, w świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, a winno być łączone z definicją legalną

zamówienia publicznego, definiowanego z uwagi na przedmiot. W efekcie interes w uzyskaniu zamówienia nie zostaje zaspokojony tak długo, jak długo nie zostanie zawarta umowa. Przekładając powyższe na grunt niniejszej sprawy – Odwołujący z uwagi na treść złożonej przez siebie oferty wprost ma możliwość zawarcia umowy z Zamawiającym. Co za tym idzie, Odwołujący w swojej ocenie wykazał interes w udzieleniu zamówienia w rozumieniu przepisów p.z.p.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

W postępowaniu odwoławczym przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca New Amsterdam sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie (dalej „New Amsterdam").

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego odrzucenie z powodu braku interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta została skutecznie odrzucona w dniu 21 września 2023 r. Zamawiający podkreślił, że rzeczone odrzucenie oferty Odwołującego było wynikiem ponownego badania i oceny ofert w związku z uwzględnieniem w całości odwołania o sygnaturze KIO 2576/23, a Odwołujący nie przystąpił do postępowania odwoławczego o tej sygnaturze, pomimo że został powiadomiony zgodnie z art. 524 ustawy Pzp. Tym samym w ocenie Zamawiającego Odwołujący utracił możliwość wniesienia odwołania od czynności Zamawiającego wykonanych w związku z uwzględnieniem zarzutów przedstawionych w odwołaniu o sygnaturze KIO 2576/23, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Mając na uwadze fakt, iż oferta Odwołującego została skutecznie odrzucona a na tę czynność nie przysługują mu środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie Pzp a co za tym idzie Odwołujący w dniu wniesienia odwołania nie był uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o numerze referencyjnym ZP.271.2.12.2023, również pozostałe zarzuty postawione Zamawiającemu nie powinny być uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą i całość odwołania powinna zostać oddalona.

Ponadto Zamawiający wskazał na przepis art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym odwołaniu. Zamawiający odrzucił zaś ofertę Odwołującego zgodnie z żądaniem zawartym w treści odwołania w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze KIO 2576/23.

Zamawiający podkreślił, że jak stwierdził Odwołujący w uzasadnieniu odwołania *„Podkreślić nadto należy, iż oczywistym jest, iż żądanie odwołującego powinno wskazywać na zabieganie o zamówienie oraz możliwość jego uzyskania, a nie wyłącznie zmierzanie do unieważnienia postępowania*.". Sytuacja w jakiej znalazł się Odwołujący – jego oferta została skutecznie, niepodważalnie odrzucona – świadczy zdaniem Zamawiającego jednoznacznie o tym, iż jedynym co może ewentualnie uzyskać w wyniku postępowania odwoławczego, jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż Odwołujący wyraźnie żąda odrzucenia ofert dwóch pozostałych uczestników postępowania i w sytuacji gdy oferta Odwołującego jest skutecznie odrzucona, Zamawiający będzie zmuszony do obligatoryjnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miała miejsce sprawa odwoławcza o sygn. akt KIO 2576/23, która ostatecznie podlegała umorzeniu z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołania w całości przez Zamawiającego i jednoczesną okolicznością, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Wówczas odwołanie złożył Wykonawca New Amsterdam Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie. Wykonawca New Amsterdam kwestionował wówczas zaniechanie odrzucenia oferty Signum Project, pomimo tego, że treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz wybór tej oferty jako najkorzystniejszej. Zamawiający dokonał uwzględnienia zarzutów odwołania w całości. Wobec takiego stanu Izba umorzyła postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2576/23, a Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty Signum Project jako najkorzystniejszej i dokonał jej odrzucenia, co było zgodne z żądaniami złożonego środka ochrony prawnej.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, tj. przez podmiot, który utracił status wykonawcy.

podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej wyznacza przepis art. 505 ustawy Pzp, zaliczając do niego wykonawcę, uczestnika konkursu,

inny podmiot, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody

ursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp z tym zastrzeżeniem, że wobec ogłoszenia

ówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują one również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy Pzp oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców.

Z tym samym należy, że tylko podmioty wskazane w tym przepisie mogą zostać uznane za uprawnione do wniesienia odwołania, stąd *a contrario* podmioty niezaliczające się do tego kręgu muszą zostać uznane za nieuprawnione do

wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp.

Ze względu na użycie w treści przywołanego przepisu pojęcia „wykonawcy", koniecznym jest sięgnięcie do definicji legalnej tego pojęcia umieszonej w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp – wykonawca to osoba fizyczna, prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca 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 przepisu ustawy Pzp wynika, że status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też

z realizacją samego zamówienia. Podobnie zresztą prezentowało się definiowanie powyższego pojęcia w ustawie Pzp 2004, zaś omawiana przesłanka odrzucenia odwołania nie uległa zmianie, zatem dorobek orzeczniczy w tym zakresie pozostaje nadal aktualny.

Dostrzeżenia wymaga, iż sam fakt złożenia oferty w postępowaniu przez Odwołującego nie gwarantował mu zachowania statusu wykonawcy w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez ustawodawcę, co z drugiej strony przekłada się na możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie oznacza bowiem, że podmiot, który ją złożył, do zakończenia tego postępowania będzie wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30) Pzp. Podmiot ten może przestać być wykonawcą w ww. rozumieniu, co następuje na przykład w wyniku zaniechania zaskarżenia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty jego oferty (vide wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2021 r. wydany w sprawie sygn. akt XXIII Zs 10/21).

Choć w rozpoznawanej sprawie Odwołujący status wykonawcy w postępowaniu

o udzielenie zamówienia prowadzonym niewątpliwie posiadał (złożył ofertę, ubiegał się

o zamówienie), to jednak, w wyniku czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty zgodnie z żądaniami innego wykonawcy (tj. New Amsterdam sp. z o. o.) korzystającego ze środków ochrony prawnej w sprawie o sygn. KIO 2576/23, którejOdwołujący nie zakwestionował (poprzez zgłoszenie przystąpienia do przedmiotowego postępowania i złożenie sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania wykonawcy New Amsterdam sp. z o. o., co prowadzić miało – zgodnie z żądaniami tego odwołania - do odrzucenia jego oferty) status aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia utracił. Czynność odrzucenia oferty Odwołującego z udziału w postępowaniu wywiera zatem skutki prawne, które – wobec braku przystąpienia do postępowania odwoławczego i niewniesienia sprzeciwu – mają charakter nieodwracalny. Odwołujący, w chwili wnoszenia przedmiotowego odwołania nie był już wykonawcą – uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, zatem odwołanie jako wniesione przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu.

W tym stanie rzeczy należało uznać Odwołującego za podmiot nieuprawniony do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 528 pkt 2) Pzp, a Izba zobowiązana była odrzucić odwołanie na podstawie tego przepisu.

ie z art. 553 Pzp, „o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie". Stosownie zaś do art. 529 ust. 1 Pzp, „Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym".

Wobec powyższego, Izba na podstawie art. 528 pkt 2) Pzp na posiedzeniu niejawnym wydała postanowienie orzekając jak w pkt 1 postanowienia.

ztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2),§ 5 pkt 1) i § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania. Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp „strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku". Z § 2 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości równej progom unijnym, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy, lub przekraczającej te progi, wynosi 15 000 złotych. Zgodnie z § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis. Stosownie zaś do § 8 ust. 1 ww. rozporządzenia „w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący".

ie z tymi przepisami Izba zobowiązana była obciążyć kosztami postępowania Odwołującego, zaliczając do nich kwotę 15 000 zł, którą Odwołujący uiścił tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……..……..……..