

**WYROK**

**z dnia 31 maja 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński**

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2023 r. przez Odwołującego **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą w m. Wysoka,**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Witnica,**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego, kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. 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 137923

**Uzasadnienie**

Gmina Witnica (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji, którego przedmiotem jest *Przebudowa ulicy Sikorskiego w Witnicy* (Numer referencyjny: WI.271.4.2023, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 marca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00117356/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp

Dnia 17 maja 2023 r. wykonawca Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Wysoka (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami prawa czynności i zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 17 ust 2 w zw. z art. 16 pkt 1) oraz 239 ust 2 ustawy pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, w której cenie wykonawca nie uwzględnił podatku VAT, o czym Zamawiający został poinformowany w trakcie procedury oceny ofert, to jest oferty która nie może zostać zakwalifikowana jako przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu, co w konsekwencji stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców i prowadzi do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodne z przepisami ustawy.

2. naruszenie art. 223 ust 1 i 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień i poprawienia w ofercie wykonawcy omyłki polegającej na nie uwzględnieniu w cenie oferty stawki podatku VAT, pomimo że Zamawiający posiada dowody na to że wartość podana w ofercie nie uwzględnia tego podatku a powiększenie jej o należny podatek

VAT nie wpływa na ranking ofert w postępowaniu

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów odwołania.

W uzasadnieniu interesu prawnego we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał, że złożył ofertę najwyższej sklasyfikowaną w przedmiotowym postępowaniu i została wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący ma więc możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia a clue sprawy sprowadza się do tego aby wykonawca mógł uzyskać to zamówienie jako wykonawca wybrany zgodnie z przepisami ustawy. Takie uzasadnienie interesu w uzyskaniu zamówienia odpowiada według Odwołującego przyjętemu w orzecznictwie szerokiemu rozumieniu pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia, czego przykładem jest stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w postanowieniu z 27.05.2010 r., III CZP 25/10, LEX nr 602808, w którym wyrażono pogląd, iż: *Wykładni pojęcia interesu prawnego po nowelizacji przepisu art. 179 pzp zmienionego ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 223, poz. 1778) należy dokonywać szeroko, tj. obejmując nie tylko sytuacje, gdy interes podmiotu wnoszącego środek ochrony w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku*. Z kolei w wyroku z 11.07.2011 r., KIO 1389/11, LEX nr 602808, Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych wskazała, że: *„Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Interes o charakterze uniwersalnym sprowadza się w ogólności do reagowania i zaskarżania środkami ochrony prawnej każdej sytuacji i przez każdego, kto uznaje, że zamawiający prowadzi postępowanie z naruszeniem przepisów p.z.p.”* Odwołujący wskazał, że źródłem szerokiej interpretacji omawianej materialnoprawnej przesłanki odwołania jest 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, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia. W duchu tego poglądu prawnego Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 7.07.2016 r., KIO 1102/16, LEX nr 2143909, przyjęła, że: *„Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego tego konkretnego zamówienia. Interes Odwołującego musi być utożsamiany z doznany przez wykonawcę uszczerbkiem w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyniku naruszenia przepisów ustawy”*. Odwołujący znajduje się również w sytuacji w której może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Zawarcie umowy w okolicznościach zaskarżonej sprawy naraża wykonawcę na zawarcie umowy, która zgodnie z art. 457 ust 1 pkt 1) pzp podlega unieważnieniu, która nie jest możliwa do wykonania za zaproponowaną cenę bo cena ta nie uwzględnia podatku VAT co w oczywisty sposób naraża wykonawcę na poniesienie szkody związanej ze stratą na kontrakcie ale również może stanowić dla wykonawcy szkodę w zw. ograniczeniem możliwości ubiegania się o zamówienia publiczne z uwagi na obowiązujące fakultatywne przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu związane z niewykonaniem czy nienależytym wykonaniem wcześniej zawartej umowy o zamówienie publiczne.

Opisując okoliczności faktyczne przedmiotowej sprawy Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Przebudowa ul. Sikorskiego w Witnicy”*. Pismem z dn. 12 maja 2023r. Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o wyborze złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Co istotne, z punktu widzenia niniejszego odwołania, wybór najkorzystniejszej oferty dokonany został po tym, kiedy pismem z dnia 9 maja 2023 r. Odwołujący – w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych przesłał wymagane dokumenty wraz z informacją o tym, że cena zaproponowanej przez niego oferty nie uwzględnia podatku VAT.

Jak wyjaśnił Odwołujący w wyniku omyłki w złożonej przez niego ofercie podana została jedynie cena netto tj. cena nie uwzględniająca podatku VAT. Tym samym podana w dniu otwarcia ofert wartość z oferty Odwołującego tj. 8.389.215,72 zł. nie stanowi ceny, w oparciu o którą Zamawiający mógłby dokonywać klasyfikacji ofert. Potwierdzeniem jest art. 7 pkt 1) Pzp zgodnie z którym „ilekroć w ustawie Pzp jest mowa o cenie należy rozumieć przez to cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (...)”. Natomiast art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z 9 maja 2014r. o informowaniu o cenie towarów i usług (tj. Dz. U. z 2019 poz. 178 z późn. Zm.) stanowi, iż jako cenę należy rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; zaś ust. 2 ww. ustawy określa, że „w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru lub usługi podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym”. Analogicznie, w treści dokumentów przetargowych Zamawiający wymagał podania w formularzu oferty ceny oferty tj. kwoty wyrażonej jako kwota brutto, która prawidłowo podana powinna wynosić 8 389 215, 72 zł + 23% VAT tj. 10 318 435,30 zł.

Na potwierdzenie, Odwołujący przedstawił wydruk z korespondencji mailowej z 21 kwietnia 2023 r. tj. sprzed

złożenia oferty, pomiędzy pracownikiem Odwołującego odpowiedzialnym za skalkulowanie ceny oferty oraz odpowiedzialnym za złożenie oferty (prowadzenie danych do oferty i przesłanie jej Zamawiającemu), która dowodziła że wpisana do oferty i podana na otwarciu ofert wartość nie stanowi ceny bo nie uwzględnia podatku VAT.

Następnie Odwołujący wskazał, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r., III CZP 52/11 „określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki”. Zgodnie natomiast z uchwałą Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r., III CZP 53/11 „Jeżeli jednak zamawiający, opisując w SIWZ sposób obliczenia ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną z obowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.” Wskazane uchwały zachowują aktualność w obecnym stanie prawnym, na potwierdzenie czego Wykonawca wskazuje wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2022 r. sygn. Akt KIO 34/22, który na wypadek braku możliwości poprawienia stawki VAT w cenie oferty w trybie przewidzianym w pzp dla poprawienia omyłki, nakazuje zakwalifikować taką okoliczność jako błąd w obliczaniu ceny.

Pomimo złożenia opisanych wyżej wyjaśnień wraz z dowodami Zamawiający niezwłocznie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej informując lakonicznie Odwołującego, że „Z ostrożności procesowej należy podnieść, iż Zamawiający w treści ofert wymagał wskazania ceny oferty (bez rozbicia wartości na wartości netto, brutto, VAT), a więc ceny zgodnej z definicją przytoczoną przez Państwo na wstępie rzeczzonego pisma (to jest ceny uwzględniającej podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru lub usługi podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym). Jednocześnie przedłożona korespondencja mailowa nie stanowi części oferty oraz nie może być uznana w jakikolwiek sposób przez Zamawiającego.”

Nawet jeżeli prawdą jest, że pismo Odwołującego z 9 maja 2023r. nie stanowi części oferty to nie jest prawdą, że nie może być uznane przez Zamawiającego. Stwierdzenie Zamawiającego pozostaje w ocenie Odwołującego w sprzeczności z możliwością złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 czy 224 ustawy pzp, które to wyjaśnienia jak najbardziej oceniać należy w odniesieniu do treści złożonej oferty. Zamawiający nie może zaś zdaniem Odwołującego powoływać się na brak możliwości uznania wyjaśnień w sytuacji gdy (i) tylko od niego zależy skierowanie do wykonawcy żądania złożenia takich wyjaśnień (ii) a pomimo istnienia ku temu podstaw nie kieruje takich żądań do wykonawcy.

Nadrzędność zasady udzielenia zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami niejednokrotnie podkreślała KIO chociażby na gruncie wyroków dotyczących obowiązku Zamawiającego dokonywania autokontroli zgodności dokonywanych czynności z przepisami prawa. Ponieważ w art. 17 ust.2 pzp, tak jak w art. 7 ust. 3 starego pzp, wpisano zasadę udzielania zamówienia w myśl, której zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, za aktualne uznać należy orzeczenie KIO z 7.11.2019 r. (sygn. akt KIO 2127/19), w którym Izba stwierdziła, że zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Izba uznała, że przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa zamawiający utrzymałby je w mocy pomimo ich oczywistej wadliwości. Skoro powzięcie informacji o wadliwości czynności w postępowaniu już po jej dokonaniu obliuguje Zamawiającego do jej powtórzenia to tym bardziej posiadanie takiej wiedzy przed dokonaniem czynności nie pozwala Zamawiającemu na pomijanie takich informacji. Zamawiający jako gospodarz postępowania, jest bowiem podmiotem najbardziej zainteresowanym, by mieć pewność, że wybrana oferta jest najkorzystniejsza. Analogicznie, w wyroku KIO z 23.09.2010 r. (sygn. akt KIO 1939/10), Izba podkreśliła prymat udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, wskazując, że nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsięwziętych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Jak wskazał Odwołujący w piśmie z 9 maja 2023r. błąd w złożonej przez niego ofercie kwalifikowany jest w orzecznictwie – w przypadku stwierdzenia braku możliwości jego poprawienia, jako podstawa odrzucenia oferty. Co oznacza, że zawarcie umowy z Odwołującym w niezmienionych warunkach tj. bez poprawienia ceny jego oferty prowadzi do wyboru wykonawcy zamówienia niezgodnie z przepisami prawa bo do wyboru wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu. Co bardzo istotne w analizowanym stanie faktycznym poprawienie omyłki w ofercie Odwołującego polegającej na nie uwzględnieniu w zaproponowanej cenie podatku VAT nie zmienia rankingu ofert bo oferta Odwołującego po poprawieniu omyłki tj. oferta z ceną 10 318 435, 30 zł wciąż będzie najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu. Na marginesie należy wskazać, że również brak możliwości doliczenia, do podanej w ofercie kwoty, podatku VAT wobec posiadania przez Zamawiającego wiedzy o zaistniałej okoliczności nie może uzasadniać dokonania wyboru takiej oferty jako najkorzystniejszej z uwagi na przedstawione wyżej zasady udzielania

zamówień publicznych jak też treść 5 kc. Zmierza bowiem do zawarcia umowy, która może być później rozwiązana z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, pomimo że wykonawca dochowując należytej staranności, poinformował Zamawiającego o przeszkodach zawarcia umowy, pod groźbą utraty wadium, mimo że jest to sankcja związana z odmową zawarcia umowy ale tylko w sytuacji gdy zawarcie umowy nie narusza obowiązujących przepisów.

W dniu 29 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego i wniósł o odrzucenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 PrZamPubl.

Zgodnie z wyżej powołanym przepisem, 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.

Z ustalonego i niekwestionowanego przez strony postępowania odwoławczego stanu faktycznego sprawy wynika, iż Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji, którego przedmiotem jest Przebudowa ulicy Sikorskiego w Witnicy (Numer referencyjny: W1.271.4.2023).

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału XIX ust. 2 SWZ

1. Cena może być tylko jedna.

2. Cena podana w ofercie ma charakter ryczałtowy.

3. Cena ryczałtowa oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, a następnie wpisana do formularza oferty, sporządzonego przy użyciu narzędzia portalu ezamowienia (jak opisano w Rozdziale XV.).

4. Cena ryczałtowa oferty brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem Przedmiotu Zamówienia oraz wzorem umowy określonym w niniejszej SWZ.

Zgodnie z treścią Formularza Oferty, w sekcji VIII Kryteria oceny ofert, wykonawcy byli zobowiązani podać cenę ofertową w sposób określony w pkt 4 Formularza tj.:

Rodzaj kryterium: Cena

Cena: \_\_\_\_\_

Wartość słownie: \_\_\_\_\_

W załączniku nr 5 do SWZ pn. *Wzór umowy* w § 5 Zamawiający ustalili następujące warunki dot. wynagrodzenia

1.1. *Strony ustalają, że wynagrodzenie Wykonawcy wraz z należnym podatkiem od towarów i usług VAT będzie wynosiło ..... zł brutto (słownie: ...../100 złotych), zgodnie z ofertą Wykonawcy z dnia ..... r., stanowiącą załącznik nr 1 do niniejszej umowy.*

W Postępowaniu zostały złożone trzy oferty:

- 1) Odwołującego - wykonawcy STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Wysokiej, cena 8 389 215,72 z oraz
- 2) wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowe „Kontrakt” sp. z o. o. z siedzibą w Krośnie Odrzańskim, cena 10 785 489,93 PLN.,
- 3) wykonawcy Infrakom Kościan sp. z o. o. z siedzibą w Kościanie, cena 13 774 286,61 PLN

Wszystkie oferty zostały złożone zgodnie z treścią formularza dołączonego do SWZ i bez dokonywania w jego treści modyfikacji.

Zamawiający pismem z dnia 27 kwietnia 2023 r. wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w ogłoszeniu o zamówieniu oraz dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia.

W piśmie z dnia 9 maja 2023 r. Odwołujący złożył wymagane dokumenty oraz poinformował, że w wyniku omyłki w złożonej ofercie podana została jedynie cena netto tj. cena nie uwzględniająca podatku VAT.

W piśmie z dnia 12 maja 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż nie ma podstaw do zmiany wartości jego oferty, a w szczególności do uznania, iż zawiera omyłkę rachunkową lub inną oczywistą omyłkę.

W dniu 12 maja 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez Odwołującego i poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze

najkorzystniejszej oferty wykonawcy.

Zgodnie z ustalonym w sprawie stanem rzeczy Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał zaistnienia przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, 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. Z przepisu tego należy wywieść, że choć środki ochrony prawnej przysługują od każdej czynności zamawiającego i każdego zaniechania zamawiającego, które nastąpiły w toku postępowania o udzielenie zamówienia, to jednak nie oznacza, że będą one przysługiwać w każdej sytuacji faktycznej wykonawcy, ale tylko od takiej, która uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia - zatem godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia i jednocześnie takich, które naruszając przepisy ustawy jednocześnie mogą wywołać szkodę u wykonawcy. Tym samym, aby dana czynność/zaniechanie zamawiającego mogło być skutecznie zaskarżone wykonawca musi kumulatywnie wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia i że poniósł lub może ponieść szkodę. Dodatkowo nie można również pominąć faktu, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie jedynie wtedy, gdy naruszenie przepisów ustawy miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z tych wszystkich rozważań należy wywieść, że wykazanie przesłanki materialnoprawnej jest ściśle związane z wykazaniem, że wykonawca jest nadal zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, a wadliwe zachowanie zamawiającego, nie dość, że odwołującemu szkodzi, to jeszcze uniemożliwia uzyskanie zamówienia.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący takiego interesu ani szkody nie wykazał, w szczególności aby którakolwiek z czynności Zamawiającego stwarzała zagrożenie naruszenia interesu Odwołującego skutkującego poniesieniem szkody w zakresie nieuzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. W niniejszym postępowaniu dokonane przez Zamawiającego czynności zmierzały bezpośrednio do realizacji tego interesu tj. udzielenia Odwołującemu przedmiotowego zamówienia. W szczególności oferta Odwołującego została sklasyfikowana jako najwyższej oceniona, Zamawiający w toku badania oceny i ofert uznał ofertę Odwołującego za niepodlegającą odrzuceniu, zaś na podstawie złożonej oferty i przedłożonych na wezwanie podmiotowych środków dowodowych uznał, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. W konsekwencji dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Tym samym żadna z czynności dokonanych przez Zamawiającego nie godziła w interes Odwołującego w postaci uzyskania przedmiotowego zamówienia. Przeciwnie – to Odwołujący kwestionuje w treści odwołania czynność Zamawiającego, która ten interes miałaby zrealizować.

Stwierdzenie braku legitymacji do wniesienia odwołania, na którą zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 Pzp składa się posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, stanowi przesłankę oddalenia odwołania, a nie jego odrzucenia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 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).

**Przewodniczący:.....**