Sygn. akt KIO 4524/24

POSTANOWIENIE
z dnia 28 listopada 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Uczestników postępowania
w dniu 28 listopada 2025 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października 2025 roku przez wykonawcę **Atende Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Centrum Spotkania Kultur w Lublinie z siedzibą w Lublinie**
przy udziale **Przystępującego** zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego:** wykonawcy **Studiotech Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

postanawia:

1.odrzuca odwołanie,
2.kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **Atende Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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 4524/25

UZASADNIENIE

Zamawiający: Centrum Spotkania Kultur w Lublinie z siedzibą w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie sektorowych negocjacji
z ogłoszeniem, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") pn. „Kultura na wyciągnięcie ręki – stworzenie platformy streamingowej umożliwiającej dostęp do wydarzeń kulturalnych odbywających się w Centrum Spotkania Kulturw Lublinie. Dostawa infrastruktury IT oraz oprogramowania". Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dz. Urz. UE: nr 114918903 z dnia 30 czerwca 2025 r.

Dnia 20 października 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie złożył podmiot Atende Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący".

Powiadomienie o czynności stanowiącej podstawę do złożenia odwołania zostało opublikowane w dniu 10 października 2025 roku, zatem odwołanie złożono z zachowaniem ustawowego terminu. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości.

Odwołanie złożono wobec czynności polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Studiotech Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Wykonawca" lub „Studiotech"), w sytuacji w której oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona a Wykonawca wykluczony z postępowania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP oraz art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10 PZP

w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. a) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy

a także zaniechanie jego wykluczenia z postępowania podczas gdy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie spełnienia wymagań z pkt. 2.8 lit. b) Załącznika nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia w zakresie związanym

z możliwością zainstalowania dwóch dodatkowych dysków M.2 NVMe SSD 960 GB

z funkcjonalnością hot-plug oraz z możliwością konfiguracji RAID 1, a Wykonawca przedstawił w tym zakresie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co miało istotny wpływ na decyzje przez niego podjęte w postępowaniu;

2.art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w ocenie ofert poprzez przyznanie nieuzasadnionego uprzywilejowania Wykonawcy i eliminację Odwołującego pomimo zaoferowania tego samego serwera Dell PowerEdge R660xs;

3.art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. a) oraz lit. b) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia

Wykonawcy, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, a także nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu Rozdziału 6 pkt 6.1.4 ppkt 1 b) SWZ podczas gdy Wykonawca złożył referencji dotyczącej m. in. projektu Latvijas Sabiedriskais Medijs (LSM), która nie potwierdza wymaganego „wdrożenia" serwisu VOD;

4.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) lub b) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Wykonawca wykazał, zgodnie z Rozdziałem 4, pkt 4.2 ppkt 3) załącznika nr 1 do SWZ – OPZ, zapewnienie 5-letniego okresu gwarancji, podczas gdy złożone dokumenty nie mają charakteru gwarancyjnego i nie stanowią wiążącego zobowiązania gwaranta.

Odwołujący wnosił o:

1.uwzględnienie w całości odwołania,

2.nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3.nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Wykonawcy i jego wykluczenia

z Postępowania;

4.stwierdzenie, że w wyniku odrzucenia oferty Wykonawcy nie pozostaje żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu,

5.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP. Zamawiający nie odrzucił oferty Wykonawcy, ani nie wykluczył tego wykonawcy z postępowania, mimo że jego oferta jest niezgodna z wymaganiami SWZ i zawiera informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd. Nieprawidłowe działania Zamawiającego doprowadziły do zniekształcenia wyniku postępowania i naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz przejrzystości, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 3 Pzp. W tej sytuacji prawidłowym i jedynym możliwym rozwiązaniem jest unieważnienie całego postępowania, gdyż naruszenia miały charakter rażący i wpływający na jego wynik, uniemożliwiając wybór wykonawcy zgodnie
z przepisami ustawy.

Odwołujący jako uczestnik postępowania, ma interes w przywróceniu zgodności działań Zamawiającego z przepisami Pzp, a w szczególności w doprowadzeniu do unieważnienia postępowania przeprowadzonego z naruszeniem prawa. Utrzymanie w mocy niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego naraża Odwołującego na poniesienie szkody w postaci utraty szansy na ubieganie się o zamówienie w uczciwym i przejrzystym postępowaniu. Odwołujący zatem wykazuje interes prawny w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, albowiem unieważnienie postępowania stanowi jedyny sposób na przywrócenie zgodności postępowania z prawem oraz na ochronę interesu Odwołującego jako wykonawcy działającego w warunkach uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

W postępowaniu odwoławczym zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Studiotech Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia. Przystępujący wnosił o odrzucenie odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. Ewentualnie w przypadku nieuznania tego wniosku Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w zakresie wszystkich zarzutów jako niezasadnych oraz z powodu braku wykazania interesu prawnego.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania Przystępujący podniósł, że z treści odwołania wynika, że Odwołujący stawia zarzuty jedynie wobec oferty Przystępującego.

W myśl przepisu art. 528 pkt 2 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Oferta Odwołującego została skutecznie odrzucona w przedmiotowym postępowaniu, a Wykonawca ten nie skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej w zakresie odnoszącym się do tej czynności. W związku z tym Odwołujący sam pozbawił się wpływu na wynik postępowania, w którym już jego oferta nie będzie mogła być wybrana jako najkorzystniejsza.

Zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że 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.

Pojęcie wykonawcy rozumianego, stosownie do definicji, o której mowa w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp jako osoby fizycznej, osoby prawnej albo jednostki organizacyjnej nieposiadającej 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. Jednak w związku z prawomocnym odrzuceniem oferty Odwołującego nie jest on już wykonawcą biorącym udział w postępowaniu.

Co prawda w zarzucie nr 2 Odwołujący podnosi, że naruszono zasady równego traktowania wykonawców i

uczciwej konkurencji w ocenie ofert poprzez przyznanie nieuzasadnionego uprzywilejowania Wykonawcy i eliminację Odwołującego pomimo zaoferowania tego samego serwera Dell PowerEdge R660xs, co nie zmienia faktu,
że w Odwołaniu zarzuty odwołania, zawarte zarówno na pierwszej stronie odwołania,
jak i w uzasadnieniu odwołania, są wymierzone jedynie przeciwko ofercie Przystępującego
i nie dotyczą obrony oferty Odwołującego. Odwołujący nie wnosi o uznanie jego oferty za ważną, ale wręcz przyznaje, że doszło do pomyłki, ponieważ powinien zaoferować serwer Dell PowerEdge R660, lecz w wyniku omyłki wpisał serwer Dell PowerEdge R660xs.

W wyniku powyższej argumentacji oferta Odwołującego została skutecznie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w związku z art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp i w zw. z art. 266 ustawy Pzp, ponieważ w żadnym miejscu odwołania Odwołujący nie kwestionuje tej podstawy odrzucenia oraz nie wnosi o uznanie jego oferty za ważną. Potwierdzeniem wywodzonych w tym zakresie wniosków co do odrzucenia odwołania jest argumentacja interesu prawnego Odwołującego, który widzi go
w unieważnieniu postępowania, a co ma stanowić jedyny sposób na przywrócenie zgodności postępowania z prawem oraz na ochronę interesu Odwołującego jako wykonawcy działającego w warunkach uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazuje również, że jako uczestnik postępowania, ma interes w przywróceniu zgodności działań Zamawiającego
z przepisami Pzp, a w szczególności w doprowadzeniu do unieważnienia postępowania przeprowadzonego z naruszeniem prawa, ponieważ utrzymanie w mocy niezgodnej
z przepisami czynności Zamawiającego naraża Odwołującego na poniesienie szkody
w postaci utraty szansy na ubieganie się o zamówienie w uczciwym i przejrzystym postępowaniu.

Zatem Odwołujący nie broni swojej oferty a interes postrzega jedynie jako unieważnienie postępowania. Z tych względów na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Rozstrzygnięcia o odrzuceniu odwołania w podobnych stanach faktycznych zapadły w ramach spraw:

- postanowienie z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 386/21,
- postanowienie z dnia 18 marca 2021 r., sygn. akt KIO 727/21,
- postanowienie z dnia 29 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 1174/21,
- postanowienie z dnia 6 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1866/21,
- postanowienie z dnia 28 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 1650/21.

Przystępujący przywołał także kolejne postanowienia Izby, w tym KIO 997/23; KIO 327/22; KIO 2930/21.

Odwołujący złożył odpowiedź na powyższy wniosek, wnosząc o jego oddalenie.

Odwołujący podniósł, że Izba nie jest związana wnioskami odwołania, co oznacza, że ma obowiązek dokonać samodzielnej oceny stanu faktycznego i prawnego sprawy
w kontekście zarzutów sformułowanych w odwołaniu. Przedmiotem oceny Izby są zatem naruszenia prawa wskazane w zarzutach, a nie sam sposób ich ujęcia w części wnioskowej odwołania. Oznacza to, że w granicach zarzutów może samodzielnie ustalić, jaki środek ochrony prawnej będzie adekwatny do stwierdzonego naruszenia. Powyższe stanowisko jest prezentowane przez Krajową Izbę Odwoławczą w licznych orzeczeniach (np. wyrok z dnia 27 stycznia 2022 r., KIO 70/22, LEX nr 3326924, oraz wyrok z dnia 13 października 2016 r. KIO 1830/16, LEX nr 2155344).

W świetle powyższego, Izba nie jest ograniczona wyłącznie do oceny wniosków sformułowanych przez Odwołującego, ale powinna merytorycznie rozpoznać m.in. zarzut nierównego traktowania wykonawców wynikający z okoliczności faktycznych sprawy. Odwołujący w zarzutach odwołania jednoznacznie wskazał na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez nierówne potraktowanie ofert Odwołującego i Przystępującego. Zamawiający dopuścił się tego naruszenia, dokonując odrzucenia oferty Odwołującego,
a jednocześnie uwzględniając ofertę Przystępującego, który zaoferował ten sam sprzęt – serwer Dell PowerEdge R660xs.

Przystępujący, uzasadniając rzekomy brak interesu prawnego po stronie Odwołującego, zdaje się nie zauważać możliwych scenariuszy rozpoznawanego postępowania, które uzasadniają zarówno dalsze rozpoznanie sprawy, jak i interes prawny we wniesieniu odwołania przez Odwołującego.

Przy założeniu, że Zamawiający uznałby brak wykazania właściwego doświadczenia po stronie Przystępującego oraz brak odpowiednich dokumentów gwarancyjnych, oferta Odwołującego byłaby jedyną ofertą pozostającą w postępowaniu, a zatem powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w rozumieniu art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. W takiej sytuacji, zważywszy że zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący zaoferowali bowiem ten sam model serwera, a Zamawiający jedną ofertę uznał za zgodną z wymaganiami, a drugą – z tego samego powodu – odrzucił, mamy do czynienia z oczywistym przypadkiem nierównego traktowania wykonawców.

Z kolei w przypadku, gdyby Zamawiający uwzględnił wyjaśnienia Odwołującego

i przyjął, że zaoferowany serwer jest serwerem w wersji Dell PowerEdge R660 – co wynikało z oczywistej omyłki pisarskiej w treści oferty – wówczas na podstawie danych zgromadzonych w postępowaniu należałoby uznać, że jedynie oferta Odwołującego spełniała wymagania SWZ.

Zaoferowany przez Odwołującego serwer (Dell PowerEdge R660) spełniał bowiem wszystkie wymagania techniczne określone w specyfikacji, bez konieczności stosowania jakichkolwiek adapterów lub przejściówek. Natomiast serwer zaoferowany przez Przystępującego, jako model Dell PowerEdge R660xs, wymagał zastosowania dodatkowych elementów połączeniowych, co jednoznacznie wskazuje, że nie spełniał wymagań Zamawiającego.

W tym scenariuszu oferta Odwołującego również powinna zostać uznana za najkorzystniejszą i stanowiłaby jedyną ofertę spełniającą wymagania SWZ, co prowadziłoby do jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej.

Naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp ma charakter istotny, ponieważ doprowadziło do eliminacji oferty, która – przy równej ocenie oraz przy uwzględnieniu pozostałych zarzutów Odwołującego – mogłaby uzyskać najwyższą ocenę punktową i w konsekwencji zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący, choć jego oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 zdanie drugie Pzp oraz art. 266 Pzp, posiada zatem interes prawny rozstrzygnięciu sprawy, w tym m.in. unieważnieniu postępowania, z uwagi na:

•konieczność ochrony zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zgodnie z art. 16 Pzp,

•zapewnieniu, aby Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób zgodny
z przepisami ustawy Pzp, w szczególności w zakresie oceny ofert i przyznania zamówienia,

•ochronę własnych praw oraz potencjalnej szansy Odwołującego w tym lub
w kolejnych postępowaniach, poprzez wskazanie nieprawidłowości w postępowaniu, które mogą stanowić precedens naruszający konkurencję.

W świetle treści postanowień KIO (m.in. KIO 997/23), interes wykonawcy nie ogranicza się wyłącznie do swojej aktualnej oferty, lecz obejmuje również szerszy zakres ochrony legalności postępowania i przestrzegania zasad uczciwej konkurencji. Odwołujący zwrócił również uwagę na wyrok KIO z dnia 4 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1254/17. Zatem interes prawny wyraża się nie tylko w możliwości uzyskania zamówienia publicznego w ramach danej procedury ale także w ramach kolejnej, potencjalnie możliwej do przeprowadzenia w przypadku unieważnienia tego postępowania, w ramach którego sprawę rozpoznaje Krajowa Izba Odwoławcza.

Ponadto, skoro oferta wybranego wykonawcy (Przystępującego) zawiera istotne niezgodności z treścią SWZ, w tym niekompletność przedmiotu zamówienia oraz konieczność zastosowania dodatkowych adapterów, co powoduje dodatkowe koszty po stronie Zamawiającego, to należało ją odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Brak takiej czynności ze strony Zamawiającego prowadzi do wadliwości postępowania, której nie można usunąć inaczej niż poprzez jego unieważnienie (art. 255 pkt 6 Pzp). Powyższe uchybienia mają charakter rażących naruszeń zasad systemu zamówień publicznych,
w szczególności art. 16 pkt 1–3 ustawy Pzp. Odrzucenie lub oddalenie odwołania Odwołującego wyłącznie z przyczyn formalnych – w oparciu o bezzasadny zarzut braku interesu prawnego – prowadziłoby do zaakceptowania wyniku postępowania sprzecznego
z tymi zasadami. Takie podejście pozostawałoby również w sprzeczności z utrwalonym orzecznictwem KIO, zgodnie z którym odwołania nie mogą być eliminowane z przyczyn formalnych, jeśli wskazują na realne i istotne naruszenia przepisów ustawy, mogące mieć wpływ na wynik postępowania (por. wyrok KIO z 22 marca 2018 r., KIO 3218, LEX nr 2505331).

Brak merytorycznego rozpoznania zarzutów Odwołującego doprowadziłby także do sytuacji, w której zamówienie publiczne byłoby realizowane przez podmiot niespełniający wymagań SWZ, bez odpowiednich kompetencji i doświadczenia, co w sposób oczywisty naraża interes publiczny, godząc w zasadę efektywności i racjonalności wydatkowania środków publicznych (art. 17 ust. 1 pkt 1 Pzp).

Należy pamiętać o nadrzędnym celu ustawy Pzp oraz roli KIO w ochronie tego celu, tj. o kontroli legalności czynności zamawiającego aż do końca procedury udzielania zamówienia, tj. aż do momentu podpisania umowy.

Odrzucenie ewentualnie oddalenie wniesionego odwołania z uwagi na rzekomy brak wykazania interesu prawnego, byłoby działaniem ograniczającym dostęp do środków ochrony prawnej, a jednocześnie ignorującym rażące naruszenia w postępowaniu
o zamówienie publiczne, których dopuścił się Zamawiający.

<u>Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której także sformułował wniosek
o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2) ustawy Pzp.</u>

Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie kwestionuje zasadności odrzucenia jego oferty a jako wykonawca skutecznie odrzucony nie jest podmiotem legitymowanym do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Zgodnie 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.

Ugruntowane już orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza,
że wykonawca, którego ofertę odrzucono, nie może wykazać należytego interesu we wniesieniu odwołania. Jak wskazała Izba w wyroku KIO 2031/19: chybiona była argumentacja Odwołującego, że w przypadku uwzględnienia odwołania, w tym żądania unieważnienia postępowania, materializować miałaby się przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia. Odwołanie powinno służyć ochronie interesów wykonawcy w danym postępowaniu, a zatem nie może być postrzegane jako środek służący wyłącznie do unieważnienia postępowania. Zatem odwołujący musi wykazać interes prawny w danym, toczącym się postępowaniu, a nie opierać odwołanie o możliwe, przyszłe postępowanie. Przeciwna interpretacja znacznie poszerzyłaby grono uprawnionych podmiotów do wniesienia odwołania i poważnie wydłużyła proces udzielania zamówienia. Drugą przesłanką dopuszczalności wniesienia odwołania jest poniesienie szkody przez odwołującego. Biorąc pod uwagę opisany stan faktyczny, KIO w powołanym orzeczeniu stwierdziła: „Przede wszystkim zauważenia wymaga, iż to na skutek złożenia niezgodnej z SIWZ oferty Odwołujący utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Oznacza to zatem,
że aby ubiegać się o to zamówienie musiałby złożyć inną ofertę, co oznacza, iż to wynikiem jego własnych błędów, było doprowadzenie do stanu, w którym oferta konkurencyjna mogła być uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. W przedmiotowej sprawie odwołujący nie poniósł obiektywnej szkody w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty, ponieważ taka decyzja zamawiającego była wynikiem jego zaniedbań. Zdaniem Izby wykonawca wnoszący odwołanie musi udowodnić związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy wyborem oferty najkorzystniejszej a utratą przedmiotowego zamówienia przez odwołującego."

Podobny stan faktyczny był przedmiotem orzecznictwa TSUE, które odnosiło się m.in. do art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG. Zgodnie z tym przepisem 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 szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia. Przepis koresponduje zatem z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp i wyznacza przesłanki wniesienia środka odwoławczego.
Na gruncie tego przepisu TSUE w sprawie C-355/15 Technische Gebäudebetreuung
i Caverion Österreich orzekł, że art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna była zostać odrzucona. Teza TSUE została również potwierdzona w wyroku w sprawie C-131/16 Archus et Gama, gdzie Trybunał podkreślił,
że wykonawca, który został prawomocnie wykluczony z postępowania – przestał być uczestnikiem procesu udzielenia zamówienia – może zostać skutecznie pozbawiony prawa do wniesienia odwołania.

Odrzucenie oferty ATENDE nie odnosiło się do właściwości sprzętu, a do istotnej zmiany treści oferty w toku postępowania.

Zgodnie z art. 528 pkt 2) ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi,
że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Skoro Odwołujący nie spełnia przesłanek wskazanych w art. 505 ust. 1 ustawy pzp, to jest podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (legitymację tę utracił
w chwili upływu terminu na wniesienie odwołania od czynności odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego.) Orzeczeniami potwierdzającymi tę oceną są m.in. postanowienia wydane w sprawach KIO 663/23, KIO 2866/24, KIO 552/23.

Odwołujący złożył dodatkowe stanowisko pisemne, w którym podtrzymał zarzuty odwołania i oponował przeciwko wnioskom o jego odrzucenie.

Biorąc powyższe stanowiska Stron i Uczestnika postępowania oraz pozostałe 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.

odmiotów 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.

ś 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 orzecznicy w tym zakresie pozostaje nadal aktualny.

Dostrzeżenia więc wymaga, iż sam fakt złożenia oferty w postępowaniu przez Odwołującego nie gwarantował mu zachowanie statusu wykonawcy w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez ustawodawcę, co z drugiej strony przekłada się na możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Status wykonawcy można bowiem nieodwracalnie utracić – przykładowo – w wyniku zaniechania zaskarżenia przez wykonawcę, który złożył ofertę decyzji zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu lub odrzucenia jego oferty.

Oferta Odwołującego, co potwierdzono w odwołaniu, została odrzucona

w postępowaniu, jednak zarzuty odwołania w ogóle nie dotyczą tej czynności i decyzji Zamawiającego, a „jedynie" decyzji o wyborze oferty wykonawcy, którego oferta zdaniem Odwołującego powinna także zostać wyeliminowana z postępowania, ponieważ zawiera ona podobne błędy jak oferta Odwołującego. Stwierdzić zatem stanowczo należy, że Odwołujący w żaden sposób nie przeciwdziałał wyeliminowaniu go z udziału w postępowaniu, akceptując ustalenia i ostateczną oceny podmiotową przeprowadzoną przez Zamawiającego. Jednocześnie żądaniem odwołania Odwołujący objął możliwość unieważnienia całego postępowania.

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 Odwołującego, której Odwołujący nie zakwestionował (poprzez objęcie zarzutami odwołania tej czynności) status aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia utracił. Czynność odrzucenia oferty Odwołującego z udziału w postępowaniu wywiera zatem skutki prawne, które – wobec niewniesienia odwołania – mają charakter nieodwracalny. Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie nie był już wykonawcą – uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, zatem odwołanie jako wniesione przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu. Przymiot uczestnika postępowania Odwołujący utracił w momencie, gdy zdecydował się nie kwestionować decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty,

a zaskarżyć jedynie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy. W ocenie Izby Odwołujący sam zrezygnował z takiej możliwości formułując zarzuty odwołania.

W konsekwencji sam także zrezygnował z swojego statusu jako wykonawcy czyli aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

orzekający Izby podkreśla, że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, chociażby w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 w sprawie *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH przeciwko Universität für Bodenkultur Wien i VAMED Management und Service GmbH & Co KG in Wier* Trybunał uznał, że wykonawcy wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji zamawiającego można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, nawet jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony wykonawca i wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a zdaniem wykluczonego wykonawcy najkorzystniejsza oferta również powinna była zostać odrzucona.

nał wyraźnie wskazał, iż: *„art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 2007/66 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji*

leniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany." W glosie do ww.

orzeczenia TSUE Małgorzaty Sieradzkiej (LEX/el. 2017) słusznie zauważono, że skuteczność zaskarżania decyzji instytucji zamawiającej wymaga posiadania legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej. Skuteczne odwołanie to środek, który może być wniesiony przez podmiot (oferenta) zainteresowany uzyskaniem określonego zamówienia, który poniósł szkodę, względnie jest narażony na jej poniesienie
tępstwie podnoszonego naruszenia prawa UE lub przepisów krajowych (dokonujących transpozycji). Interesu we wnoszeniu środka ochrony prawnej nie ma oferent ostatecznie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Za kluczowe zatem należy uznać przede wszystkim czynne działanie odwołującego co do obrony własnej oferty, własnego uczestnictwa w prowadzonym postępowaniu, by skutecznie mógł on kwestionować pozostałe decyzje instytucji zamawiającej, które zapadły w postępowaniu.

Potwierdza tę tezę orzeczenie TSUEw sprawie *Hackermüller* (wyrok z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-249/01 *Werner Hackermüller przeciwko Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) i Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED)*, ECLI:EU:C:2003:359), gdzie Trybunał wyraźnie stwierdził, że nie można odmówić prawa do wniesienia odwołania od decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej wykluczonemu wykonawcy bez umożliwienia mu zakwestionowania podstaw jego wykluczenia.

, Izba podkreśla, że zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, dla przykładu w wyroku z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C - 131/16 *Archus et Gama*, iż przyznanie ochrony prawnej wykonawcy następuje w przypadku, gdy odrzucony wykonawca nie zgadzając się z decyzjami instytucji zamawiającej, dokonuje ich zaskarżenia. Dokładnie Trybunał stwierdził: *„w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana*
ępowaniu głównym, 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 (...)".

zasem stan faktyczny w omawianej sprawie jest odmienny. Mamy tu bowiem do czynienia z podmiotem, który nie ma nie tylko interesu w pozyskaniu zamówienia, lecz również we wnoszeniu środków ochrony prawnej wobec wyboru najkorzystniejszej oferty
tle zaniechania wyczerpania dopuszczalnego ustawowo trybu odwoławczego
esieniu do własnego odrzucenia oferty. Odwołujący bowiem w żaden sposób nie broni własnej oferty i nie kwestionuje jej odrzucenia, interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej upatrując wyłącznie w następnym postępowaniu. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący mylnie upatruje interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej
esieniu do możliwości dążenia wykonawcy do unieważnienia postępowania jako takiego i możliwości uczestniczenia w kolejnym postępowaniu. Zdaniem Izby możliwość dążenia do unieważnienia postępowania należy odczytywać jako potencjalny skutek wniesienia odwołania, w którym odwołujący dąży do obrony własnej oferty (ale obrona własnej oferty może okazać się nieskuteczna) i jednocześnie do eliminacji oferty konkurencyjnej, uznanej za najkorzystniejszą. W wyniku tak złożonego środka ochrony prawnej może dojść do sytuacji, gdzie potwierdzą się zarzuty odwołania wobec oferty wybranej a jednocześnie nie potwierdzą się zarzuty wobec oferty odwołującego, tym samym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlegało będzie unieważnieniu.

rzekający w niniejszym postępowaniu odwoławczym wyraża przekonanie, że wynik
aci unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może być celem samym w sobie. Istotą bowiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej umowy na realizacje zamówienia. Potwierdza to również orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w wyroku z dnia 2016-04-05, C-689/13 w zakresie możliwości wnoszenia odwołań wzajemnych, w efekcie uwzględnienia których następuje unieważnienie odwołania:*„28. Przywołana w pkt 24 i 25 niniejszego wyroku wykładnia dokonana przez Trybunał w wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) ma zastosowanie w kontekście takim jak zaistniały w postępowaniu głównym. Po pierwsze bowiem każdy*
stników sporu ma równoważny uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych konkurentów. Po drugie, co podniósł rzecznik generalny w pkt 37 swojej opinii, nie można wykluczyć, że jedna z nieprawidłowości leżących podstaw wykluczenia ofert tak wybranego oferenta, tak i oferenta kwestionującego decyzję o udzieleniu zamówienia publicznego powoduje również wadliwość wszystkich ofert złożonych ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. co mogłoby doprowadzić do konieczności wszczęcia przez instytucję zamawiającą nowego postępowania.

30. W świetle powyższych rozważań na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu by odwołanie główne wniesione przez oferenta zainteresowanego uzyskaniem określonego zamówienia, który poniósł szkodę, względnie jest narażony na jej poniesienie w następstwie podnoszonego naruszenia prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów dokonujących jego transpozycji mającego na celu wykluczenie innego oferenta, zostało uznane za niedopuszczalne na podstawie krajowych przepisów proceduralnych, przewidujących pierwszeństwo badania odwołania wzajemnego wniesionego przez tego drugiego oferenta".

zeczenia C-131/16 czy orzeczenia C-689/13 oraz z innych przywołanych przez Izbę w niniejszym uzasadnieniu jednoznacznie płynie wniosek, że konieczne jest skarżenie obu decyzji zamawiającego, zarówno o wykluczeniu odwołującego/odrzuceniu jego oferty oraz decyzji o wyniku postępowania. Ogłoszenie nowego postępowania jest zdarzeniem przyszłym, niepewnym, zależnym od wystąpienia wielu czynników, których wyniku nie można przewidzieć w momencie składania odwołania w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia. Aby natomiast możliwe było korzystanie ze środków ochrony prawnej konieczne jest wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia. Takiej przesłanki,

ie Izby, Odwołujący nie zdołał wykazać.

sza kwestia została także poruszona w wyroku z dnia 24 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1609/18, gdzie stwierdzono: *„Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie*

esie w uzyskaniu zamówienia" oraz o "szkodzie", ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. (...) postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. (...) Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy (choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.), (tak Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11). (...) Działanie Odwołującego, nie jest ukierunkowane na zmianę statusu jego oferty

szym postępowaniu, a na jego zniweczenie. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że posiada obiektywną tzn. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia, a tym samym nie wykazał interesu w uzyskaniu danego zamówienia."

go też nie może się ostać i zostać zaakceptowana argumentacja Odwołującego w odpowiedzi na wniosek o odrzucenie odwołania odnosząca się do roli Izby jako dokonującej kontroli legalności czynności Zamawiającego. Z tez Odwołującego zdaje się płynąć wniosek, że Izba winna rozpoznać każde odwołanie, bez względu na to, czy przesłanki formalne złożenia środka ochrony prawnej zostały spełnione przez wnoszącego odwołanie, czy też nie, stojąc na straży legalności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba, w ramach posiadanych uprawnień mających zastosowanie

ępowaniu odwoławczym bada zgodność określonych czynności lub zaniechań zamawiającego z ustawą Pzp lub innymi wskazanymi przepisami. Nie dokonuje ona kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozumianego jako całokształt czynności podjętych przez zamawiającego i ogólnej zgodności tych czynności z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Dostrzeżenia wymaga, iż takie uprawnienia kontrolne posiada Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w ramach postępowań kontrolnych. Odwołujący odnosząc się do wniosku o odrzucenie odwołania skoncentrował swoje stanowisko na wykazaniu przesłanki posiadania interesu w rozpoznaniu środka ochrony prawnej. Przedstawione stanowisko nie odnosi się do kwestii istotnej dla złożonego wniosku, czyli utraty statusu wykonawcy, która prowadzi do niemożliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. W tym zakresie podkreślić należy, iż obowiązkiem Prezesa KIO, a następnie wyznaczonego do rozpoznania odwołania składu KIO jest sprawdzenie, czy wszystkie przesłanki formalne warunkujące możliwość rozpoznania zostały spełnione. Jedną z takich przesłanek jest wykluczenie możliwości zastosowania art. 528 ustawy Pzp dotyczącego przesłanek odrzucenia odwołania.

mując, Odwołujący nie posiada obecnie statusu wykonawcy w rozumieniu

ustawy Pzp i w konsekwencji jest podmiotem nieuprawnionym do skorzystania ze środka ochrony prawnej, wobec czego odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie

pkt 2 ustawy Pzp.

na względzie powyższe, na podstawie art. 529 ust. 1, art. 553 zdanie drugie ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 oraz art. 573 i następne ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 31.12.2020, poz. 2437), w przypadku odrzucenia odwołania Odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 529 ust. 1 ustawy Pzp.

Przewodnicząca:

……