

Sygn. akt KIO 840/18

**WYROK**

**z dnia 17 maja 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Kuszel – Kowalczyk**

**Jan Kuzawiński**

**Luiza Łamejko**

Protokolant: **Marta Słoma**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę **Studiotech Poland Sp. z o.o., ul. Bażancja 53, 02-892 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Telewizję Polską S.A., ul. J.P. Woronicza 17, 00-999 Warszawa**

przy udziale **wykonawcy 4Visions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. K., ul. Kosiarzy 20A, 02-953 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Studiotech Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Studiotech Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.; dalej: *Pzp*), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Zakup stacji satelitarnej DSNG dla Telewizyjnej Agencji Informacyjnej*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 *Pzp*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 listopada 2017 r. pod numerem 2017/S 228-474683.

Wykonawca Studiotech Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: *Odwołujący*) w dniu 30 kwietnia 2018 r. złożył odwołanie na zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy 4Visions Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie (dalej również: *Przystępujący* lub *4Visions*) oraz na wybór oferty ww. wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej i zaniechanie dokonania czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 *Pzp* w związku z art. 82 ust. 3 *Pzp* poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy 4Visions pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: *SIWZ*), zaś niezależnie oferta przedstawiona przez tego wykonawcę wprowadza w błąd Zamawiającego co do spełnienia parametrów wyraźnie i precyzyjnie wymaganych przez Zamawiającego i w konsekwencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
2. art. 7 ust. 1 *Pzp* poprzez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegającej na tym, że Zamawiający w sposób dowolny dokonał oceny oferty przedstawionej przez 4Vision,
3. art. 93 ust. 1 pkt 1 *Pzp* poprzez brak unieważnienia prowadzonego postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpoznanie odwołania i jego uwzględnienie,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenia oferty 4Vision,
4. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania

Argumentując zasadność wniesienia odwołania Odwołujący podał, że jest wykonawcą, którego oferta, w związku z wyrokiem KIO z dnia 20 marca 2018 roku (sygn. akt KIO 423/18) została odrzucona, a zmierza ono do unieważnienia postępowania zamówieniowego z uwagi na fakt, że w postępowaniu złożono dwie oferty, z których również druga powinna ulec odrzuceniu. W świetle przepisów Pzp odwołanie może złożyć wykonawca, który zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp posiada m.in. interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zgodnie z dominującym poglądem w orzecznictwie odwołanie, którego celem jest unieważnienie postępowania uznaje się za nieuprawnione, gdyż rzekomo brak wówczas ww. interesu po stronie odwołującego. Odwołujący poddał krytyce taki pogląd i wskazał co następuje.

Istotną kwestią jest analiza przepisu art. 179 ust. 1 Pzp który ma następujące brzmienie *„Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy; uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.”*

Odwołujący podkreślił fragment, który odnosi się do wykonawcy, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia. Nie odnosi się on do danego postępowania, a do danego zamówienia. Pojęcie zamówienia powinno się uznawać w tym przypadku za pojęcie szersze od pojęcia samego postępowania. Zamówienie bowiem można udzielić nie tylko w wyniku przeprowadzenia jednego postępowania, ale tych postępowań może być więcej. Przykładem może być sytuacja, w której zamawiający publiczny musi unieważnić dane postępowanie z uwagi na fakt, iż otrzymał oferty zawierające ceny przekraczające założony budżet. To samo zamówienie, obejmujące ten sam zakres zadania może być ponownie ogłoszone, gdy zamawiający zdoła zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia. Czyli będziemy mieli do czynienia z tym samym zamówieniem, choć z innym (następnym) postępowaniem. Na wskazany wyżej aspekt zwróciła uwagę KIO w wyroku z dnia 30 grudnia 2011 roku (KIO 2702/11), w którym stwierdzono, iż przez dane zamówienie należy rozumieć „nie przedmiot konkretnego postępowania, lecz dostawę/usługę/robotę budowlaną, którą zamawiający chce na podstawie umowy o zamówienie publiczne nabyć”. Wskazana interpretacja prowadziła Odwołującego do wniosku, że nadal posiada on interes w korzystnym dla niego rozstrzygnięciu żądań wynikających z niniejszego odwołania. Może bowiem liczyć na ponowne ogłoszenie ww. przetargu, a zatem posiada nadal interes w jego uzyskaniu.

Niezależnie od wskazania na aktualny interes Odwołującego, Odwołujący zauważył, iż środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zatem ustawodawca nie wskazuje wyłącznie na tego wykonawcę, który ma interes w uzyskaniu zamówienia, ale również tego, który taki interes miał (w czasie przeszłym). Zatem nawet gdyby Izba uznała, że Odwołujący interesu nie ma (czemu Odwołujący

zaprzeczył), to nie można nie zauważyć, że Odwołujący takowy interes miał. Wszak złożył ofertę w postępowaniu licząc na uzyskanie stosownego zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, iż w rozpatrywanym przypadku podobne błędy w ofercie jak Odwołujący, posiada również wykonawca 4Visions. Jednakże pomimo tych uchybień, Zamawiający dokonał wyboru jego oferty i zamierza udzielić mu zamówienia. W takich okolicznościach trudno się zgodzić z sytuacją, iż jeden podmiot, którego oferta została skutecznie odrzucona nie może wnieść odwołania, gdy drugi podmiot, posiadający równoważne błędy w ofercie, jednak uzyskuje zamówienie. Wszak w takich okolicznościach powinno dojść do odrzucenia obu ofert, postępowanie zamówieniowe powinno zostać unieważnione i ponownie ogłoszone, a w nim Odwołujący powinien mieć szansę na ponowne złożenie oferty.

W powyższych okolicznościach Odwołujący uznał, że „padł ofiarą” własnej korzystnej oferty, gdyż jego tańsza oferta, która została wybrana przez Zamawiającego, podlegała ocenie drugiego w kolejności wykonawcy, co do którego w dalszym postępowaniu jedynym recenzentem stał się Zamawiający. Zamawiający, jest w stanie popełniać błędy w stosowaniu przepisów zamówień publicznych. Odwołujący podniósł, że na obecnym etapie tenże Zamawiający może nie obawiać się dokonania wyboru oferty, która zawiera błędy, bo w myśl dominującego poglądu orzecznictwa KIO, o którym wspomniano na wstępie, nie obawia się już postępowania kontrolnego przed KIO w trybie odwoławczym. Krytykowany pogląd nie dotyczy jedynie omawianego postępowania, ale może mieć negatywne skutki w wielu toczących się postępowaniach, w których mogą uzyskiwać zamówienia wykonawcy, którzy złożyli wadliwe oferty, ale znajdują się w korzystnej sytuacji, że te oferty zawierały wyższą cenę niż konkurencja (były mniej korzystne). Odwołujący zauważył, że taka linia orzekania ma wpływ nie tylko na naruszenie zasady konkurencji, ale również na finanse publiczne, tj. na konieczność wydatkowania większych środków, i to na wykonawców składających wadliwe oferty, które powinny ulec odrzuceniu.

Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 6 października 2011 roku (KIO 2044/11) *„Pozostawienie bez rozpoznania wyłącznie zarzutów, w odniesieniu do których ziściły się przesłanki odrzucenia odwołania, urzeczywistnia zasadę zawartą w art. 7 ust. 3 Pzp nakazującą udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy; jest również zgodne z wyrażanym w orzecznictwie i piśmiennictwie postulatem szerokiej interpretacji art 179 ust. 1 Pzp. Pogląd ten wskazuje na możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej nie tylko w celu zachowania praw wykonawcy w postępowaniu, ale również w celu zapewnienia zgodności z prawem całego postępowania o udzielenie zamówienia, tak aby umowa zawarta w jego wyniku nie była obarczona wadą uzasadniającą jej unieważnienie. [...] Nie można też pominąć, że ustawodawca przez sformułowanie w art. 180 ust. 2 Pzp enumeratywnego katalogu czynności zamawiającego, od których przysługuje odwołanie,*

*ogranicza przedmiotowo możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej jedynie w postępowaniach o wartości mniejszej, niż kwota wskazana w 11 ust. 8 Pzp. Zatem wykonawca może wnieść odwołanie wyłącznie wobec czynności wykluczenia go z postępowania lub odrzucenia jego oferty, nie może natomiast kwestionować czynności wyboru najkorzystniejszej oferty jedynie postępowaniach o wartości mniejszej, niż kwota wskazana w art. 11 ust. 8 Pzp. W postępowaniach wartości większej niż kwota wskazana w art. 11 ust. 8 (zatem i w badanym postępowaniu), ustawodawca nie ustalił ograniczeń o przedmiotowym charakterze, zatem dał wykonawcom możliwość kwestionowania przez wniesienie odwołania wszystkich czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Prezentowana wykładnia jest spójna z poglądem ukształtowanym w orzecznictwie Izby, a opartym o zastosowanie per analogiam art. 187 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym bez rozpoznania pozostawia się zarzuty, co do których zachodzą przesłanki uniemożliwiające ich skierowanie na rozprawę."*

W zakresie niezgodności oferty 4Visions z SIWZ Odwołujący zidentyfikował liczne błędy i uchybienia w ofercie Przystępującego, co powinno skutkować odrzuceniem tej oferty. W odwołaniu wskazał następujące uchybienia i błędy w ofercie złożonej przez 4Visions w ramach prowadzonego postępowania.

W zakresie punktu 12 tabeli formularza ofertowego (Krosownica automatyczna wizji spełniająca wymagania p. 2.4 opisu przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ) spółka 4Visions zaoferowała produkt BMD typ/model: „Smart Videohub 40x40 + Videosmart + Universal SDI interface”. Produkt ten nie spełnia jednak wymagań określonych przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. Zgodnie bowiem z punktem 2.4.6. OPZ krosownica powinna dysponować automatyczną korekcją (tzw. autosense) tłumienności kabla na wejściach. Dokumentacja zaproponowanego przez 4Visions urządzenia nie zawiera jednak wzmianki dotyczącej korekcji tłumienności kabla na wejściach.

Produkt, czyli „Smart Videohub 40x40 + Videosmart + Universal SDI interface”, nie spełnia również wymagań wskazanych przez Zamawiającego w punkcie 2.4.1. OPZ, zgodnie z którym urządzenie to powinno posiadać interfejs wyjściowy GPI umożliwiający przełączenie sygnałów w wybranym wyjściu krosownicy za pośrednictwem pulpitów sterujących kamer, opisanych w punkcie 2.1.3. OPZ. Odwołujący zaznaczył, że ww. router Videohub wymaga do tego celu podłączenia zewnętrznego urządzenia GPI & Tally Interface, które nie jest częścią składową krosownicy automatycznej wizji.

W wymaganiach dotyczących Krosownicy automatycznej wizji HD/SD SDI, pkt. 2.4.3 OPZ, Zamawiający wymagał, aby zaoferowane urządzenie było przezroczyste dla zaembedowanych sygnałów Dolby E, Dolby D, PCM. Zgodnie z informacją otrzymaną od producenta w dniu 22 marca 2018 roku (załączony mail wraz z tłumaczeniem), produkt Smart Video HUB 40 x 40 jest przezroczysty jedynie dla sygnałów PCM. Brak zgodności urządzenia

z powyższym wymaganiem eliminuje go jako urządzenie mogące pracować we wspólnej infrastrukturze wozu DSNG.

W zakresie punktu 13 tabeli formularza ofertowego (Mikser fonii spełniający wymagania punktu 2.5 OPZ, spółka 4Visions zaoferowała produkt Soundcraft typ/model: „Si Performer 2 + opcje”. Produkt ten nie spełnia wymagań wskazanych w punkcie 3.5.12. OPZ, który nakłada wymóg pasma przenoszenia co najmniej w zakresie 20 Hz-20 kHz + 0,5-2 dB. Zaoferowane urządzenie nie spełnia tych wymagań.

W zakresie punktu 11 tabeli formularza ofertowego (Mikser wizji spełniający wymagania punktu 2.3 OPZ), spółka 4Visions zaoferowała produkt SAM typ/model: „Kula 1ME”. Odwołujący podniósł, iż takie określenie produktu pozostawia dowolność w doborze miksera zaoferowanego przez powyższego wykonawcę. Zgodnie bowiem z oficjalną informacją dostępną na stronie ww. producenta (<https://s-a-m.com/products/flexible-l-3-mes-kula/c-24/p-234>) w ramach miksera 1 ME do dyspozycji są dwa rozwiązania: 1 M/E SD/HD oraz 1M/E UHD.

Ponadto, określenie „Kula” odnosi się do urządzenia, które może być wyposażone w komponenty zwiększające ilość wejść/wyjść. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący uznał, iż oferta wykonawcy 4Visions w tym zakresie stanowi tzw. ofertę wariantową, co w świetle postępowania prowadzonego przed KIO w sprawie o sygnaturze akt KIO 423/18, w sprawie z odwołania spółki 4Visions stanowiło powód do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zauważył, iż postępowanie wszczęte odwołaniem spółki 4Visions z dnia 5 marca 2018 r. dotyczyło bowiem tożsamej sytuacji, tj. dotyczyło braku precyzyjnego wskazania w ramach formularza ofertowego opcji/modelu/wariantu danego urządzenia oferowanego przez Wykonawcę na potrzeby postępowania.

Zdaniem Odwołującego, analogiczny charakter sytuacji - brak odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez spółkę 4Visions wskazywał na nierówne traktowanie wykonawców, a co za tym idzie, stanowi naruszenie art. 7 Pzp.

*Biorąc pod uwagę powyższe należy zwrócić uwagę na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Wyrok KIO z dnia 20 października 2010 roku (KIO 2173/10) „W ocenie izby treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Nie jest bowiem uzasadnione twierdzenie, iż wystarczającym w świetle zapisów SIWZ było wskazanie nazw oferowanych modeli. Tak, jak wskazywał to Zamawiający, postanowienia opisu przedmiotu zamówienia określające parametry zamawianego sprzętu były ogólnymi wskazaniem i powinny one zostać skonkretyzowane w postanowieniach oferty. Tymczasem Odwołujący, wbrew temu co twierdził, nie wskazał konkretnego modelu oferowanego urządzenia, ale nazwy handlowe rodziny sprzętu, na którą składa się wiele różnych modeli charakteryzujących się różnymi parametrami funkcjonalnymi. Tym samym ewentualne wezwanie do wyjaśnień, skierowane do Odwołującego, prowadziłyby do istotnych zmian w treści złożonej przez niego oferty.*

*Oznaczałoby bowiem konkretyzację wskazania każdego z oferowanych przez niego urządzeń wraz z dokładnym określeniem parametrów opisujących każde z nich, a zatem czynność, którą Odwołujący powinien dokonać konstruując ofertę złożoną Zamawiającemu. Ponadto wyrok KIO z dnia 20 marca 2017 roku (KIO 439/17) „W tym zaś przypadku - niezgodność treści oferty polegała na braku podania (skonkretyzowania) oferowanego wyrobu, aby pozostawał on spójny z przedstawionymi parametrami. Z treści oferty nie wynikało, jaki model monitora za podaną cenę odwołujący ma zamiar dostarczyć zamawiającemu. Powoływanie się zatem na okoliczność, że niektóre z rodziny monitorów Lenovo, spełniają parametry wyznaczone w tym postępowaniu w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia - w świetle dokumentów oferty odwołującego - nie świadczą, że taki model został zaoferowany.”*

Tym samym, zgodnie z art. 93 ust 1 pkt 1 Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Odwołujący zaznaczył, iż w analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający nie ma innej możliwości niż unieważnienie postępowania zgodnie z dyspozycją przywołanego powyżej artykułu. Obie oferty złożone w ramach postępowania zawierają bowiem takie samo uchybienie, które w ślad za orzeczeniem KIO stanowi przesłankę do ich odrzucenia. Przy czym, uchybienie to nie może zostać poprawione w ramach żadnej instytucji przewidzianej ustawą.

Zamawiający nie przedłożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania przedstawiając stosowną argumentację.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiła 4Visions wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba, wobec spełniania przez 4Visions przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła dopuścić wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając całość dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności SIWZ, oferty wykonawców, korespondencję pomiędzy Zamawiającym i wykonawcami, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Odwołanie podlega oddaleniu.**



Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. W szczególności Izba nie przychyliła się do twierdzeń Przystępującego, jakoby termin na wniesienie niniejszego odwołania rozpoczynał swój bieg z chwilą otwarcia ofert tj. z chwilą w której Odwołujący mógł zapoznać się z treścią oferty Przystępującego. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli została przesłana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty 4Visions w dniu 20 kwietnia 2018 r. W tym też dniu Odwołujący mógł powziąć informację o wynikach badania i oceny oferty Przystępującego oraz o dokonaniu przez Zamawiającego czynności, stanowiących podstawę wniesienia odwołania oraz zaniechania dokonania czynności, których Odwołujący się domaga. Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że nie zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp tj. że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Rozpatrując odwołanie, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana jest ustalić, czy zostały spełnione przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. czy podmiotowi wnoszącemu odwołanie przysługuje legitymacja procesowa do wniesienia odwołania. Brak takiej legitymacji po stronie Odwołującego, prowadzi do ustalenia niedopuszczalności wniesienia odwołania i skutkuje koniecznością jego oddalenia, gdyż stwierdzenie niewykazania przesłanek materialnoprawnych warunkujących korzystanie ze środków ochrony prawnej skutkuje oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu. Inaczej, istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia jest warunkiem, którego spełnienie jest niezbędne do przystąpienia do rozpoznawania odwołania, czyli merytorycznej oceny zarzutów w nim podniesionych. Zgodnie bowiem, z powołanym art. 179 ust.1 Pzp legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej (w tym wypadku odwołania) ma tylko ten podmiot, który wykaże przede wszystkim interes w uzyskaniu zamówienia, a ponadto możliwość poniesienia szkody.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie złożono dwie oferty. Oferta Odwołującego, w wyniku wydanego w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 423/18 wyroku, została odrzucona, co przyznał sam Odwołujący w odwołaniu. Odwołujący, nie zakwestionował ww. rozstrzygnięcia tj. nie skorzystał z przysługującego mu prawa do zaskarżenia wyroku do sądu okręgowego. Zamawiający o wykonaniu wyroku i odrzuceniu oferty poinformował Odwołującego w dniu 18 kwietnia 2018r.

W związku z powyższym, oferta Odwołującego została ostatecznie odrzucona, wobec czego Odwołujący nie bierze już udziału w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący, niezależnie od powyższego, wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty 4Visions dokonanej przez Zamawiającego w dniu 20 kwietnia 2018 r., wprost wskazując w jego treści, iż zmierza ono do unieważnienia postępowania oraz formułując żądanie tego typu.

W związku z tym, w stanie faktycznym zaistniałym w niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał posiadania legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, wymaganej zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Przepis art. 179 ust. 1 Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Skład orzekający, stwierdził, iż na gruncie niniejszej sprawy nie sposób przypisać Odwołującemu, którego oferta została ostatecznie odrzucona, posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia. Jak wskazuje doktryna i orzecznictwo, odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, skierowanym na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia, tj. wyboru oferty złożonej przez wykonawcę odwołującego się w danym postępowaniu (wyrok z dn. 22.05. 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 921/17). Tym samym, nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że celem postępowania odwoławczego, jest również zapewnienie zgodności czynności Zamawiającego z prawem in abstracto. Jak wskazuje ugruntowana linia orzecznicza, przepis ten (art. 179 ust. 1 Pzp) nie pełni funkcji publicznych. 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 o „interesie 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. Dlatego Odwołujący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. 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).

Jak wskazano powyżej, interes przywołany w art. 179 ust. 1 Pzp nie jest interesem materializującym się w ochronie ogólnie pojętej praworządności i korygowania nieprawidłowości działań czy też zaniechań zamawiającego, lecz interesem mającym na celu ochronę konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, ukierunkowanym na uzyskanie przez tego wykonawcę stanu, w którym dany wykonawca będzie mógł uzyskać dane zamówienie. W ocenie Izby, w tym konkretnym stanie faktycznym, dane zamówienie należy interpretować jako konkretne zamówienie, którego Zamawiający zamierza udzielić w określonym postępowaniu. Tym samym, przez uzyskanie danego zamówienia rozumieć należy, szanse na pozyskanie zamówienia w wyniku konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. Chybiona jest argumentacja Odwołującego, że w przypadku uwzględnienia odwołania, nastąpi unieważnienie postępowania, co z kolei umożliwi wykonawcy ubieganie się o zamówienie w kolejnym postępowaniu dotyczącym przedmiotu niniejszego postępowania. Słusznie w tym zakresie wskazywał Zamawiający, że po unieważnieniu danego postępowania, wykonawca nie może mieć pewności wszczęcia kolejnego tożsamego postępowania, w którym udział Odwołującego byłby zapewniony – Zamawiający wskazał na możliwość wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki. Działanie Odwołującego, nie jest ukierunkowane na zmianę statusu jego oferty w niniejszym 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.

Ponadto, drugim elementem koniecznym do ustalenia dopuszczalności korzystania ze środków ochrony prawnej jest okoliczność czy Odwołujący mógł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Szkoda, która co do zasady przyjmuje charakter szkody majątkowej, powinna być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, zatem pomiędzy naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Pzp, a szkodą powinien istnieć stosowny związek przyczynowy. W ocenie Izby, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia, nie na skutek niezgodnych z prawem działań Zamawiającego, lecz na skutek pewnej własnej niestaranności przy przygotowywaniu oferty, efektem czego było odrzuceniem tej oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Ponadto Odwołujący nie może ponieść szkody, albowiem bez względu na to czy odwołanie zostałoby wniesione czy też nie, nie wpływa ono na sytuację Odwołującego w niniejszym postępowaniu, w dalszym ciągu nie ma on możliwości uzyskania zamówienia.

Koncepcja powyższa znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w Pzp tj. w art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane

(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 szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

W ocenie Izby, w niniejszym stanie faktycznym nie znajdzie zastosowania pojęcie „danego zamówienia” sformułowane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: *TSUE*) na gruncie orzeczenia z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 *Archus et Gama*. W przedmiotowym orzeczeniu *TSUE* wskazał, że pojęcie „danego zamówienia” może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podkreślając jednocześnie okoliczności faktyczne i prawne w jakich zdefiniował to pojęcie, a które są znacząco odmienne od zaistniałych na gruncie niniejszej sprawy. Orzeczenie to zostało wydane bowiem w sytuacji, gdy 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, wówczas Trybunał uznał, iż odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta i w związku z taką sytuacją zdefiniował pojęcie „danego zamówienia”. Szeroką wykładnię interesu w uzyskaniu danego zamówienia *TSUE* przyjął również w wyrokach wydanych w sprawach C-100/12 *Fastweb* (wyrok z dn. 4 lipca 2013 r.) oraz C-689/13 *PFE* (wyrok z dn. 5 kwietnia 2016 r.) dotyczących zasad rozpatrywania odwołań wzajemnych, jednakże każdorazowo orzeczenia te dotyczyły podmiotów, wobec których decyzja o wykluczeniu lub odrzuceniu nie była ostateczna – różnicę tę podkreślił *TSUE* w motywie 33 wyroku z dn. 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 *Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich*. Powyższe, potwierdza, że interes w uzyskaniu danego zamówienia należy rozważać w związku z sytuacją podmiotu wnoszącego odwołanie, a nie w kontekście działań pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. W orzeczeniach przywołanych powyżej, skutek w postaci ewentualnego unieważnienia postępowania, stanowił swego rodzaju konsekwencję przyznania legitymacji procesowej każdemu z podmiotów wnoszących odwołanie, a nie był aprobowanym celem samym w sobie. Z ww. wyroków w sprawach C-131/16, C-100/12 czy też C-689/13 nie można wywodzić, że interes w uzyskaniu zamówienia jest tożsamy z celem polegającym na unieważnieniu postępowania, do którego dąży Odwołujący w niniejszej sprawie. *TSUE* w przywołanym już wyroku C-355/15 *Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich* orzekł, iż art. 1 ust. 3 ww. dyrektywy Rady 89/665/EWG „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 być zostać odrzucona.” Podobną tezę, zawarł również w motywie 57 wyroku w sprawie C-131/16 Archus et Gama, odnosząc się do ww. wyroku C-355/15 i „że oferentowi, którego oferta została wykluczona przez instytucję zamawiającą z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, jednak decyzja o wykluczeniu wspomnianego oferenta została utrzymana w mocy orzeczeniem, które nabrało powagi rzeczy osądzonej, zanim sąd, do którego zaskarżono decyzję o udzieleniu zamówienia, wydał orzeczenie, w związku z czym oferenta tego należało uważać za ostatecznie wykluczonego z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że wykonawca, którego oferta została ostatecznie odrzucona, zarówno na gruncie przepisów krajowych jak i europejskich, nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia zarzucanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, dotyczących oceny przez Zamawiającego innej oferty.

Odnosnie wniosku Odwołującego o wystąpienie przez Izbę z pytaniem prejudycjalnym o dopuszczalność wniesienia odwołania przez Odwołującego w sytuacji gdy jego oferta jest ostatecznie odrzucona, a złożono tylko dwie oferty oraz w kwestii, czy warunkiem koniecznym do wniesienia odwołania przez wykonawcę odrzuconego jest wniesie środka odwoławczego do sądu powszechnego podważającego decyzję o uznaniu oferty za odrzuconą, Izba stwierdziła, że przedmiotowy wniosek wobec wyżej przytoczonej argumentacji ma na celu wyłącznie przedłużenie postępowania odwoławczego w związku z tym podlega oddaleniu.

Wobec powyższych ustaleń, wykazujących brak interesu wykonawcy, w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp, odwołanie podlega oddaleniu bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w tym odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 i § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2017 r., poz. 47).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....