

Kraków, dnia 13 września 2021 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

ELTE GPS sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie
nr KRS: 0000253803, nr NIP: 6792884850
ul. Gromadzka 71, 30-719 Kraków
tel. 12- 659-20-98, e-mail: biuro@eltegps.pl
*reprezentowana przez Prezesa Zarządu Tomasza
Palucha*

Zamawiający:

**Miejski Zakład Usług Komunalnych sp. z o. o.
z siedzibą w Wałbrzychu**

adres: ul. Kolejowa 4, 58-300 Wałbrzych
tel. (74) 655 00 61; e-mail: biuro@mzuk.com.pl;

przedmiot zamówienia:

System monitoringu zbierania i transportu
odpadów komunalnych

nr ogłoszenia o zamówieniu:

2021/BZP 00163395/01 z dnia 2021-08-30 r.

identyfikator postępowania: ocds-148610-
711992ff-0969-11ec-b885-f28f91688073

Na podstawie § 2 ust. 1 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. 2020, poz. 2437.) od odwołania zapłacono wpis w wysokości 7.500,00 zł, przelewem z rachunku odwołującej się Spółki na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych: NBP 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000.

ODWOŁANIE

OD ZANIECHANIA DOKONANIA PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO CZYNNOŚCI, DO KTÓREJ BYŁ ZOBOWIĄZANY, TJ. OD NIEUDZIELENIA WYJAŚNIEŃ DO TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA PRZY JEDNOCZESNYM NIEPRZEDŁUŻENIU TERMINU SKŁADANIA OFERT ORAZ OD DOKONANIA CZYNNOŚCI OTWARCIA OFERT.

W imieniu odwołującego, na podstawie art. 505 ust. 1 oraz art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz.U. 2021, poz. 1129), zwaną dalej p.z.p., wnoszę odwołanie od zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności, do której był zobowiązany, tj. od nieudzielenia odwołującemu w terminie określonym w art. 284 ust. 2 p.z.p. wyjaśnień co do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, o których udzielenie odwołujący zwrócił się w dniu 3 września 2021 r., przy jednoczesnym nieprzedłużeniu terminu przewidzianego na składanie ofert stosownie do regulacji przewidzianej w art. 284 ust. 3 p.z.p., oraz od dokonania czynności otwarcia ofert pomimo zachodzenia ww. zaniechań zamawiającego.

Na podstawie art. 516 pkt 8 p.z.p. ww. zaniechaniom i czynnościom zamawiającego zarzucam naruszenie art. 284 ust. 2 i 3 p.z.p. poprzez nieudzielenie odwołującemu wyjaśnień co do treści SWZ, o których udzielenie odwołujący zwrócił się w dniu 3 września 2021 r., w terminie przewidzianym w art. 284 ust. 2 p.z.p., przy jednoczesnym nieudzieleniu ww. wyjaśnień w terminie późniejszym wraz z przedłużeniem terminu wyznaczonego na składanie ofert, stosownie do wymogu przewidzianego w art. 284 ust. 3 p.z.p., a następnie dokonanie w powyżej opisanej sytuacji czynności otwarcia ofert, co czyni postępowanie obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 255 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 266 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) p.z.p. oraz z art. 17 ust. 2 p.z.p.).

W oparciu o postawiane zarzuty i ich uzasadnienie wnoszę o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
 - unieważnienie wszelkich czynności zamawiającego wynikłych z otwarcia ofert złożonych w postępowaniu i dokonania ich oceny, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, a przed wydaniem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą;
 - unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 2) w przypadku zawarcia umowy przed rozpoznaniem odwołania – unieważnienie umowy na podstawie art. 554 ust.3 pkt 2 p.z.p.;

- 3) przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
- 4) zasądzenie na rzecz odwołującego wszystkich kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa advokackiego, wpisu od odwołania oraz innych uzasadnionych kosztów, które poniósł w związku z wniesieniem odwołania i postępowaniem toczącym się przed Krajową Izbą Odwoławczą.

U z a s a d n i e n i e

1. Opis okoliczności faktycznych

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „System monitoringu zbierania i transportu odpadów komunalnych”; znak postępowania: 16/ZSiZO/TP/2021. Postępowanie jest prowadzone w trybie podstawowym, bez negocjacji, zaś wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o jakich stanowi art. 3 p.z.p.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało dokonane w dniu 30 sierpnia 2021 r. Tego samego dnia zamawiający ogłosił Specyfikację Warunków Zamówienia. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 8 września 2021 r.; nie został on wydłużony w toku postępowania. Zamawiający wskazał, że komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym składanie ofert, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zamawiający sprecyzował, że drogą komunikacji elektronicznej przyjętą przez zamawiającego jest platforma zakupowa dostępna pod adresem: <https://gminawalbrzych.logintrade.net/rejestracja/ustawowe.html>.

Wyżej wymienione okoliczności wynikają z dokumentacji postępowania, która zostanie udostępniona Krajowej Izbie Odwoławczej przez zamawiającego na podstawie § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W dniu 3 września 2021 r. odwołujący za pośrednictwem platformy zakupowej wskazanej przez zamawiającego zadał mu szereg pytań co do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, na które do chwili obecnej nie otrzymał odpowiedzi; zamawiający nie poinformował także odwołującego, że podjął decyzję o nieudzieleniu wyjaśnień, o które zwrócił się do niego odwołujący.

Dokładna treść wszystkich pytań i wątpliwości co do treści Specyfikacji będzie stanowić załącznik do niniejszego odwołania. W tym miejscu należy tylko wskazać, że pytania i wątpliwości odwołującego dotyczyły tak istotnych kwestii, jak:

- wyjaśnienia rozbieżności między treścią OPZ a projektem umowy w zakresie terminu na usunięcie usterki;
- określenia wymagań zamawiającego w zakresie archiwizacji zdjęć, w tym sprecyzowania wymagań w zakresie: (a) poziomu archiwizacji zdjęć; (b) sposobu dostępu do zarchiwizowanych zdjęć, (c) przechowywania zdjęć na serwerze, (d) sposobu przesyłania zdjęć na serwer;
- sprecyzowania wymagań w zakresie generowania zdarzeń;
- doprecyzowania wymagań w zakresie funkcji zamglenia/zamazania twarzy, numerów posesji, nr rejestracyjnych osób i obiektów, w tym wyjaśnienia, czy ww. funkcjonalność ma mieć charakter automatyczny, czy też system jedynie ma umożliwić pracownikowi zamawiającego dokonanie zamglenia/zamazania;
- określenia liczby godzin przewidzianych na usługę szkolenia pracowników zamawiającego w zakresie montażu transponderów RFID;
- wyjaśnienia wątpliwości wiążących się z posłużeniem technologią Flash;
- sprecyzowania wymagań w zakresie przygotowania systemu monitoringu do współpracy z innymi systemami informatycznymi;
- wyjaśnienia wątpliwości wynikłych z wymagania, aby czytnik RFID zamontowany na pojeździe pracował w oparciu o identyfikatory transpondery/chipy/tagi pracujące na częstotliwości 860-870 MHz (UHF);
- jednoznacznego wskazania, czy przedmiotem umowy jest zakup transponderów/chipów/tagów oraz urządzeń na wyposażenie pojazdów, a to w związku z posłużeniem się terminem „cena najmu”;
- jednoznacznego wskazania, czy oferowana przez wykonawcę cena ma uwzględniać opłaty za abonament GPS/on-line.

Nie może budzić żadnych wątpliwości, iż uzyskanie wyjaśnień w powyższych zakresie było konieczne, aby odwołujący mógł ustalić, co dokładnie jest przedmiotem zamówienia, czy ma możliwość realizacji przedmiotu zamówienia oraz dokonać wyceny przedmiotu zamówienia. Wskazać należy, że przedstawiciele odwołującego wskazywali zamawiającemu na ww. kwestie

jeszcze przed datą ogłoszenia o postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w ramach dialogu technicznego.

Dowody:

- 1) *dokument PDF zawierający pytania i wątpliwości przesłane zamawiającemu przez odwołującego w dniu 3 września 2021 r.;*
- 2) *zrzuty z ekranu platformy zakupowej wskazujący na zadanie pytań w dniu 3 września 2021 r. oraz na brak odpowiedzi zamawiającego;*
- 3) *dokumentacja postępowania przekazana przez zamawiającego;*
- 4) *dowód z przesłuchania świadka Wojciecha Stawińskiego (adres do korespondencji: ul. Gromadzka 71, 30-719 Kraków) na okoliczność zadania pytań co do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, braku odpowiedzi zamawiającego, znaczenia pytań dla sporządzenia oferty, w szczególności dokonania wyceny przedmiotu zamówienia, prowadzenia z zamawiającym dialogu technicznego;*
- 5) *dowód z przesłuchania Dariusza Ciaputy (adres do korespondencji: ul. Gromadzka 71, 30-719 Kraków) na okoliczność zadania pytań co do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, braku odpowiedzi zamawiającego, znaczenia pytań dla sporządzenia oferty, w szczególności dokonania wyceny przedmiotu zamówienia, prowadzenia z zamawiającym dialogu technicznego;*

W dniu 8 września 2021 r. o godz. 12.00 upłynął termin na złożenie oferty; termin ten nie został wydłużony przez zamawiającego. Po otwarciu ofert okazało się, że jedyną ofertę złożyła firma Globtrack Polska, zaś zaoferowana cena przekracza wartość kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wyżej wymienione okoliczności wynikają z dokumentacji postępowania, która zostanie udostępniona Krajowej Izbie Odwoławczej przez zamawiającego. Do chwili złożenia odwołania zamawiający nie dokonał żadnej czynności wynikającej z oceny złożonej oferty.

2. Naruszenia przez zamawiającego art. 284 ust. 2 i 3 p.z.p.

Art. 284 ust. 1 p.z.p. stanowi, że wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie odpowiednio treści SWZ albo opisu potrzeb i wymagań. Stosownie do ust. 2 tego przepisu „Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 2 dni przed upływem terminu składania odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacom, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści odpowiednio SWZ albo opisu potrzeb i wymagań wpłynął do zamawiającego nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacom”. Z kolei art. 284 ust. 3 przewiduje, że „Jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień w terminie, o którym mowa w ust. 2, przedłuża termin składania odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacom o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami

niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacom”.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że odwołujący zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w terminie określonym w art. 284 ust. 2 p.z.p., to jest nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert, ponieważ jeżeli nawet nie uwzględnimy dnia zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień oraz dnia, w którym upływał termin składania ofert, zamawiający miał 4 dni na udzielenie wyjaśnień (4, 5, 6 i 7 września 2021 r.), w tym dwa dni robocze (6 i 7 września 2021 r.). Mimo to zamawiający w tym okresie nie udzielił odwołującemu wyjaśnień ani nie poinformował go, że nie zamierza takich wyjaśnień udzielać. Zdaniem odwołującego upływ terminu wskazanego w art. 284 ust. 2 p.z.p. nie konstytuował jeszcze bezprawnego zaniechania zamawiającego, ponieważ miał on ciągle możliwość wywiązania się z obowiązku udzielenia wyjaśnień, wszakże pod warunkiem wydłużenia terminu na złożenie oferty stosownie do regulacji przewidzianej w art. 284 ust. 3 p.z.p. Dopiero wyżej wymienione dwie okoliczności, tj. (1) brak udzielenia wyjaśnień w terminie określonym w art. 284 ust. 2 p.z.p. i (2) brak udzielenia wyjaśnień w terminie późniejszym, przy jednoczesnym wydłużeniu terminu na składanie ofert, oznaczał zaistnienie bezprawnego zaniechania zamawiającego, które uniemożliwiło odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu.

Takie ujęcie zagadnienia ma także istotne znaczenie dla ustalenia terminu na złożenie niniejszego odwołania. Z wyżej przedstawionego wywodu wynika, że bezprawne zaniechanie zamawiającego zaistniało z chwilą upływu terminu na złożenie oferty, tj. w dniu 8 września 2021 r. o godz. 12, bowiem dopiero z tą chwilą zamawiający nie był w stanie skorzystać z możliwości, które stwarzał mu art. 284 ust. 3 p.z.p.; nadto przed nastaniem ww. chwili odwołujący mógł nadal przypuszczać, że otrzyma żądane wyjaśnienia co do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia zgodnie z postanowieniami ustawy, a w konsekwencji wnoszenie odwołania byłoby przedwcześnie.

3. Konsekwencje naruszenia art. 284 ust. 2 i 3 p.z.p. przy uwzględnieniu dokonania przez zamawiającego czynności otwarcia ofert

Wskutek naruszenia przez zamawiającego art. 284 ust. 2 i 3 p.z.p. odwołujący został pozbawiony możliwości złożenia w sposób racjonalny, przy zachowaniu gwarancji przewidzianych dla wykonawców w Prawie zamówień publicznych, oferty w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia na System monitoringu zbierania i transportu odpadów

komunalnych. W rezultacie czynność otwarcia ofert jest dotknięta poważną wadą prawną. Jednocześnie zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej czynność otwarcia ofert nie stanowi czynności prawnej, a czynność faktyczną; ma ono charakter jednokrotny i ze swej natury nie może być ponawiana w danym postępowaniu (zob. wyroki KIO z dnia 12 X 2009 r., sygn. KIO/UZP 1344/09; wyrok 4 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1096/16). Oznacza to, że w postępowaniu brak jest możliwości unieważnienia czynności otwarcia ofert oraz konwalidowania postępowania poprzez udzielenie przez zamawiającego odpowiedzi na pytania i wątpliwości odwołującego i wydłużenie terminu składania ofert, a następnie powtórzenie czynności otwarcia ofert i dokonania ich oceny.

Należy mieć na względzie, że stosownie do art. 17 ust. 2 p.z.p. zamówienie udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Jednocześnie art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. stanowią, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: (1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; (2) przejrzysty. Na obecnym etapie nie jest możliwym udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z postanowieniami ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ zamawiający dopuścił się naruszenia ww. ustawy, mogącego mieć istotny wpływ na przebieg postępowania, tj. wskutek naruszenia art. 284 ust. 2 i 3 p.z.p. pozbawił odwołującego możliwości złożenia oferty, a jednocześnie wadliwość ta nie może zostać konwalidowana poprzez powtórzenie czynności postępowania, ponieważ taka operacja godziłaby w reguły określone w art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. W rezultacie postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 255 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 266 p.z.p.).

Na powyższym stanowisku stało także orzecznictwo KIO wyrażone na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych: „Wada tkwiąca w postępowaniu ma charakter nieusuwalny, gdyż udzielenie odpowiedzi na pytania do treści SIWZ jest prawnie nieskuteczne po upływie terminu składania ofert. **Brak tych pytań wywiera, co najmniej potencjalny wpływ na wynik postępowania, gdyż wykonawca zainteresowany zamówieniem nie złożył oferty w związku z brakiem odpowiedzi na zadane przez siebie pytania.** W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, że błędy zamawiającego popełnione przy otwarciu ofert, będącym czynnością faktyczną, powodują obowiązek unieważnienia postępowania. **Tym bardziej więc błędy popełnione w toku procedury, które mogą mieć znaczenie dla treści ofert i kręgu wykonawców ubiegających się o zamówienie, takie jak brak wyjaśnień treści SIWZ, które kształtują oświadczenia**

wykonawcy uzasadniają unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.” (wyrok KIO z 4 IV 2017 r., sygn. KIO 554/17).

Jeżeli chodzi o aktualność ww. stanowiska pod rządami nowej ustawy Prawo zamówień publicznych, to należy wskazać, że przesłanka unieważnienia postępowania w postaci zaistnienia niedającej się usunąć wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy zachodzi zarówno w przypadkach wzruszalności umowy określonymi w art. 457 ust. 1 i art. 459 ust. 1 pkt 2 p.z.p., jak również obejmuje przypadki bezwzględnej nieważności umowy, wynikające z przepisów Kodeksu cywilnego (np. art. 58, 73, 76 k.c.). „Chodzi tu o naruszenia dotyczące elementów konstrukcyjnych umowy (np. co do istotnych składników umowy, jej formy) albo pominięcie obowiązkowej procedury przetargu w celu zawarcia umowy finalnej. W ramach podstaw nieważności umowy objętych zakresem zastosowania art. 58 k.c. stronom umowy lub innym podmiotom posiadającym interes prawny przysługuje prawo wystąpienia z powództwem o stwierdzenie nieważności umowy w trybie art. 189 k.p.c. (powództwo o ustalenie stwierdzenia istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego). Orzeczenie sądu ma wtedy wyłącznie charakter deklaratoryjny. Uprawnienie do żądania stwierdzenia nieważności w tym trybie jest natomiast – stosownie do art. 457 ust. 4 p.z.p. – wyłączone w odniesieniu do przyczyn względnej nieważności umowy wymienionych w art. 457 ust. 1 p.z.p.” (komentarz do art. 255 (w:) E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021). W kontekście ww. poglądu należy zauważyć, że stwierdzenia nieważności umowy zawartej wskutek kontynuowania niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogłyby żądać każdy podmiot, który miałby w tym interes prawny, wskazując na wadliwość umowy w postaci naruszenia art. 17 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 58 § 1 k.c.

Istotne znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy ma także art. 457 ust. 5 p.z.p., który stanowi, że art. 457 ust. 1 p.z.p. nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ k.c. Zgodnie z tym drugim przepisem „Organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami”. Należy więc wskazać, strona projektowanej umowy w osobie zamawiającego niewątpliwie wpłynęła na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, postępując w sposób sprzeczny z prawem, tj. naruszając art. 284 ust. 2 i 3 p.z.p.

Dodać należy, że Krajowa Izba Odwoławcza powinna także nakazać zamawiającemu unieważnienie wszelkich czynności, które zdziałałby on w postępowaniu przed datą wyrokowania w następstwie otwarcia ofert, w szczególności wskutek dokonania oceny oferty złożonej w postępowaniu przed datą wyrokowania, np. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. **Ze względu na okoliczność, że złożenie ofert nastąpiło z wadą prawną, wszelkie czynności wynikające z otwarcia ofert i ich oceny także są obarczone wadą prawną i nie powinny zaistnieć w postępowaniu.**

4. Legitymacja odwołującego do złożenia odwołania

ELTE GPS sp. z o. o. jest w rozumieniu art. 505 ust. 1 p.z.p. legitymowana do wniesienia niniejszego odwołania. Zgodnie z tym 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”. W kontekście powyższej regulacji należy mieć na względzie, iż „Udzielenie odpowiedzi po upływie terminu składania ofert tworzy stan faktyczny i prawny taki, jakby odpowiedzi na pytania nie zostały udzielone w ogóle. **Ratio legis art. 38 ust. 1 p.z.p. polega bowiem na uzyskaniu przez wykonawców pewności, co do wymagań zawartych w SIWZ w szczególności dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i w konsekwencji umożliwienie podjęcia decyzji, czy są w stanie złożyć oferty nie podlegające odrzuceniu**” (wyrok KIO z 4 IV 2017 r. , sygn. KIO 554/17). W rezultacie wykonawca, który na etapie składania ofert nie uzyskał od zamawiającego wyjaśnień co do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia spełnia niezbędne przesłanki dopuszczalności odwołania wskazane w art. 505 ust. 2 p.z.p., tj. ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. „Na etapie poprzedzającym złożenie oferty pojęcie >interes w uzyskaniu danego zamówienia< powinno być wykładane szeroko. Wykonawca, który został zaproszony do składania ofert i zadaje pytania do treści SIWZ, jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia i zainteresowanym jego uzyskaniem. **Ewentualne niejasności treści SIWZ grożą odwołującemu poniesieniem szkody, gdyż mogą prowadzić do złożenia oferty nieadekwatnej do treści SIWZ lub błędnie wycenionej, co ma znaczenie zarówno dla uzyskania zamówienia przez odwołującego, jako że oferta niezgodna z wymaganiami zamawiającego lub oferta z ceną rażąco zaniżona podlegają odrzuceniu, jak i należytej**

realizacji zamówienia, jeśli odwołujący je uzyska” (wyrok KIO z 23 V 2016 r., sygn. KIO 736/16).

Podkreślić należy, że przedmiotem zaskarżenia jest zaniechanie czynności, którą zamawiający powinien przedsięwziąć na wniosek odwołującego. Co więcej, odwołujący nie tylko zwrócił się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień co do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, lecz także uczestniczył w dialogu technicznym oraz spełniał wymogi podmiotowe warunkujące udział w postępowaniu, przewidziane w SWZ. Był więc podmiotem zdolnym do udziału w postępowaniu, a także aktywnie w nim uczestniczył. Powyższe okoliczności uzasadniają interes odwołującego w złożeniu niniejszego odwołania oraz uprawdopodobniają poniesienie przez niego szkody wskutek zaniechania zamawiającego wskazanego w *petitum* odwołania.

Dowody:

- 6) dowód z przesłuchania świadka Wojciecha Stawińskiego (adres do korespondencji: ul. Gromadzka 71, 30-719 Kraków) na okoliczność znaczenia pytań dla sporządzenia oferty, w szczególności dokonania wyceny przedmiotu zamówienia, prowadzenia z zamawiającym dialogu technicznego i aktywności odwołującego w postępowaniu;
- 7) dowód z przesłuchania Dariusza Ciaputy (adres do korespondencji: ul. Gromadzka 71, 30-719 Kraków) znaczenia pytań dla sporządzenia oferty, w szczególności dokonania wyceny przedmiotu zamówienia, prowadzenia z zamawiającym dialogu technicznego i aktywności odwołującego w postępowaniu.

Wykonawca nie traci interesu w uzyskaniu zamówienia, jeżeli w wyniku wniesionego przez niego odwołania miałyby dojść do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (m.in. komentarz do art. 505 (w:) E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021). Tak również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 3 stycznia 2017 r. o sygn. KIO 2395/15: „wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia odwołania byłoby unieważnienie postępowania. W orzeczeniu wydanym w sprawie C-689/13 (odwołującym się do wcześniejszego orzeczenia wydanego w sprawie C-100/12) Trybunał Sprawiedliwości UE wyraził pogląd, że wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia takiego środka miałyby być unieważnienia postępowania. Trybunał uznał, że wówczas wykonawcy mogą ubiegać się o te zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu, w którym każdy z oferentów mógłby wziąć udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Istota tego poglądu sprowadza się do utożsamiania zamówienia publicznego, jako umowy na określony przedmiot, przy przyjęciu, że uzyskanie

tego zamówienia w tym postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, ma charakter wtórny”. Powyższą wykładnię umacnia także nowa treść art. 505 ust. 1 p.z.p., w którym mowa o „interesie w uzyskaniu zamówienia”, a nie jak w poprzednio obowiązującej ustawie o „interesie w uzyskaniu danego zamówienia”. Nowelizacja ostatecznie dezaktualizuje więc linię orzeczniczą, z której wynikało, iż interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi „danego” zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (zob. *komentarz do art. 505 (w:) W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021*).

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2021 r., czyli w terminie wskazanym w art. 515 ust. 3 pkt 2 p.z.p.

Odwołanie zostało przesłane zamawiającemu w sposób, w którym mógł się z nim zapoznać, w dniu 13 września 2021 r., czyli w terminie wskazanym w art. 514 ust. 2 p.z.p w zw. z art. 515 ust.3 pkt 2 p.z.p.

za odwołującego – Prezes Zarządu

Załączniki:

- 1) odpis aktualny KRS odwołującego się;*
- 2) dowód uiszczenia wpisu od odwołania na rachunek bankowy UZP;*
- 3) dokument PDF zawierający pytania i wątpliwości przesłane zamawiającemu przez odwołującego w dniu 3 września 2021 r.;*
- 4) zrzuty z ekranu platformy zakupowej wskazujące na zadanie pytań w dniu 3 września 2021 r. oraz na brak odpowiedzi zamawiającego;*

Do pisma skierowanego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej załączono dowód przekazania odwołania zamawiającemu za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej w terminie określonym w art. 514 ust. 2 p.z.p.