

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 23 czerwca 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kuriata**  
**Członkowie: Beata Konik**  
**Anna Kuszel-Kowalczyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania w dniu 23 czerwca 2021 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2021 roku, przez **ALTERSTOR sp. z o.o., ul. Sosnowa 30; 05-120 Legionowo**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5; 01-748 Warszawa**, przy udziale **Transition Technologies S.A., ul. Pawia 55; 01-030 Warszawa** - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

**postanawia:**

- 1. Odrzuca odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża ALTERSTOR sp. z o.o., ul. Sosnowa 30; 05-120 Legionowo** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ALTERSTOR sp. z o.o., ul. Sosnowa 30; 05-120 Legionowo**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Świadczenie opieki serwisowej oraz wsparcia oprogramowania Oracle Tuxedo oraz Oracle Salt”*.

W dniu 20 maja 2021 r. wykonawca ALTERSTOR sp. z o.o. (dalej jako „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) dalej jako: „nowa ustawa” albo „nPzp”.

Odwołanie polega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 nPzp, który to przepis stanowi, że Izba odrzuca odwołanie jeżeli odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Izba wskazuje, iż oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza w listopadzie 2020 r. Kwestionując ofertę odwołującego, przystępujący wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 2976/20). Jednocześnie odwołujący złożył swoje odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty przystępującego (sygn. akt KIO 2971/20). KIO w wyroku z 7 grudnia 2020 r. po rozpatrzeniu merytorycznie obu odwołań uwzględniła odwołanie wniesione przez przystępującego nakazując odrzucenie oferty odwołującego, przy jednoczesnym oddaleniu odwołania odwołującego.

Odwołujący wniósł skargę na ww. wyrok. Jednocześnie zamawiający wykonał wyrok KIO w dniu 13 stycznia 2021 r. i odrzucił ofertę odwołującego, która to czynność nie została zakwestionowana przez odwołującego. Jednocześnie Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych wyrokiem z dnia 5 maja 2021 r. (sygn. akt XXIII Zs 11/21) oddalił skargę odwołującego.

W związku z powyższym, zdaniem Izby odwołujący utracił skutecznie status wykonawcy, bowiem sąd odwoławczy podtrzymał wyrok KIO stwierdzający konieczność odrzucenia oferty odwołującego.

Wyrok ten jest wyrokiem prawomocnym.

Co za tym idzie odwołujący nie jest aktualnie (w terminie wniesienia odwołania) i niezależnie od podejmowanych czynności, nie może już być wykonawcą w ramach przedmiotowego postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 505 nPzp, 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.

Uznać 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 nPzp.

Analizując omawiany przepis, pod kątem podmiotów, które mogą skutecznie korzystać ze środków ochrony prawnej, należy zidentyfikować i wymienić następujące grupy podmiotów, tj.:

- wykonawcy,
- uczestnicy konkursu,
- inne podmioty,

a wszystkie ww podmioty muszą mieć lub miały interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniosły lub mogły ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołującego z pewnością nie można zakwalifikować do podmiotów uczestniczących w konkursie, jak i nie można zakwalifikować do grona innych podmiotów, gdyż innymi podmiotami mogą być organizacje wpisane na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 nPzp, oraz Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców.

Tym samym, odwołującego należy zweryfikować pod kątem ustalenia, czy nadal odwołującemu (pomimo ostatecznego stwierdzenia przez Sąd Okręgowy zasadności odrzucenia Jego oferty), można przypisać status wykonawcy.

Ustawodawca zdefiniował wykonawcę w art. 7 pkt 30 nPzp, opisując, iż Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o wykonawcy – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą 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.

Odwołujący jest osobą prawną, która oferuje na rynku świadczenie usług. Odwołujący ubiegał się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, w którym złożył ofertę, która ostatecznie (wyrokiem Sądu Okręgowego) została odrzucona. Zdaniem Izby, status wykonawcy wiąże się z możliwością czynnego uczestnictwa wykonawcy w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. Sam fakt złożenia oferty w postępowaniu nie gwarantuje zachowania 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 - czynności zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu lub odrzucenia jego oferty. Zdaniem Izby, w przedmiotowej sprawie odwołujący status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia posiadał (złożył ofertę, ubiegał się o zamówienie), to jednak go utracił w wyniku odrzucenia jego oferty.

Jak słusznie zwróciła uwagę Izba w postanowieniu z dnia 19 lutego 2021 roku, sygn. akt KIO 386/21 *„Skład 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 Wien, 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 być odrzucona. Trybunał 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 o udzieleniu jednostronnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany.”. W głosie 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 w następstwie 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 TSUE w 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. Nadto, 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 w postępowaniu 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. Tymczasem 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 (...). W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący mylnie upatruje interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej w odniesieniu 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. Skład orzekający w niniejszym postępowaniu odwoławczym wyraża przekonanie, że wynik w postaci 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 realizację zamówienia. Potwierdza to również orzeczenie TSUE przywołane w treści odwołania przez samego Odwołującego. Z orzeczenia C-131/16 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. Rozumienie pojęcia "interesu" nie zmieniła znacząco nowelizacja przepisów z 2019 roku. 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, w ocenie Izby, Odwołujący nie zdołał wykazać. Niniejsza 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 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. (...) 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 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".

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 8 ust. 1 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r., poz. 2437), z którego wynika, że w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....