

**Sygn. akt KIO 727/21**

**POSTANOWIENIE  
z dnia 18 marca 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Uczestników postępowania w dniu 18 marca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2021 roku przez wykonawcę Polskie Linie Oceaniczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego LOTOS Petrobaltic Spółka Akcyjna z siedziba w Gdańsku

przy udziale wykonawcy Baltona Shipchangers spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 727/21 po stronie Zamawiającego

**postanawia:**

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Polskie Linie Oceaniczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) 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:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – LOTOS Petrobaltic Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *Postępowanie na zawarcie umowy ramowej na dostawę żywności na potrzeby platform wiertniczo-wydobywczych Zamawiającego, LPB/ZP-2/2020.*

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 lipca 2020 roku pod nr 2020/S 143-352702.

Zamawiający w dniu 26 stycznia 2021 r. dokonał wyboru w Zadaniu nr 4 jako najkorzystniejszej, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy na potrzeby postępowania przyjęli nazwę „Konsorcjum firm R. M.”.

W dniu 8 lutego 2021 roku Odwołujący Polskie Linie Oceaniczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni wniósł odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego:

- 1) polegającą na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego *na zawarcie umowy ramowej na dostawę żywności na potrzeby platform wiertniczo-wydobywczych Zamawiającego* dla Części nr 1 (Zadanie nr 1) – Dostawa artykułów żywnościowych wymagających chłodzi, Części nr 2 (Zadanie nr 2) – Dostawa mrożonek, Części nr 3 (Zadanie nr 3) – Dostawa napojów;
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy Baltona Shipchandler spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świnoujściu w ww. postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „poprzednią ustawą Pzp” w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające w Części nr 1 (Zadanie nr 1) – Dostawa artykułów żywnościowych wymagających chłodzi, Części nr 2 (Zadanie nr 2) – Dostawa mrożonek i Części nr 3 (Zadanie nr 3) – Dostawa napojów;
- 3) czynność poprawienia przez Zamawiającego omyłki w ofercie wykonawcy Baltona Shipchandler spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świnoujściu, złożonej w Części nr 1 (Zadanie nr 1) – Dostawa artykułów żywnościowych wymagających chłodzi i Części nr 3 (Zadanie nr 3) – Dostawa napojów jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków

zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, podczas gdy przedmiotowa omyłka nie miała takiego charakteru.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu:

W odniesieniu do Części nr 1 (Zadania nr 1) – Dostawa artykułów żywnościowych wymagających chłodni, naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające – poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Baltona Shipchandler spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świnoujściu, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
- 3) art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzedniej ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające – poprzez poprawienie omyłki w ofercie wykonawcy Baltona Shipchandler spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świnoujściu jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, podczas gdy przedmiotowa omyłka nie miała takiego charakteru, a tym samym Zamawiający powinien odrzucić ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające;
- 4) art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 poprzedniej ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające – poprzez wybór oferty wykonawcy Baltona Shipchandler spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świnoujściu, pomimo że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu.

W odniesieniu do Części nr 2 (Zadania nr 2) – Dostawa mrożonek, naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające – poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Baltona

Shipchandler spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świnoujściu, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;

- 3) art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 poprzedniej ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające – poprzez wybór oferty wykonawcy Baltona Shipchandler spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świnoujściu, pomimo że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu.

W odniesieniu do Części nr 3 (Zadania nr 3) – Dostawa napojów, naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające – poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Baltona Shipchandler spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świnoujściu, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
- 3) art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzedniej ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające – poprzez poprawienie omyłki w ofercie wykonawcy Baltona Shipchandler spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świnoujściu jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, podczas gdy przedmiotowa omyłka nie miała takiego charakteru, a tym samym Zamawiający powinien odrzucić ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające;
- 4) art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 poprzedniej ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające – poprzez wybór oferty wykonawcy Baltona Shipchandler spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świnoujściu, pomimo że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Części nr 1, 2 i 3 (Zadanie nr 1, 2 i 3);
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Części nr 1, 2 i 3 (Zadanie nr 1, 2 i 3);
- 3) odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy Pzp oferty wykonawcy Baltona Shipchandler spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świnoujściu w Części nr 1, 2 i 3 (Zadanie nr 1, 2 i 3);

4) unieważnienia postępowania w Części nr 1, 2 i 3 (Zadanie nr 1, 2 i 3).

Odwołujący podał również, że posiada interes z uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, bowiem jak wynika z wyroku KIO z dnia 15 października 2012 roku w sprawie o sygnaturze akt: KIO 2121/12 aby można było przyjąć, że *wykonawca wykazał zaistnienie przesłanki materialno - prawnej z art. 179 ust. 1 ustawy w postępowaniu dopuszczającym oferty częściowe, wykonawca musi wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia częściowego i że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.* W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący składał oferty częściowe na: Część nr 1 (Zadanie nr 1), Część nr 2 (Zadanie nr 2) i Część nr 3 (Zadanie nr 3) zamówienia i w związku z odrzuceniem ofert Odwołującego w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów poprzedniej ustawy Pzp, Odwołujący został w ogóle pozbawiony możliwości uzyskania ww. zamówień, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z ich realizacją.

Odwołujący powziął informację o czynnościach i zaniechaniu czynności Zamawiającego stanowiących podstawę wniesienia odwołania w dniu 24 lutego 2021 roku (*Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w Zadaniu nr 1, 2, 3 i 4 oraz zawiadomienie o odrzuceniu oferty w Zadaniu nr 1, 2 i 3*).

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

Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie. Na podstawie akt postępowania odwoławczego Izba ustaliła, że Odwołujący złożył Zamawiającemu kopię odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia i terminowo uiszczył wpis od w prawidłowej wysokości na właściwy rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Zgodnie z pismem z dnia 24 lutego 2021 roku *Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w Zadaniu nr 1, 2, 3 i 4 oraz zawiadomienie o odrzuceniu oferty w Zadaniu nr 1, 2 i 3* oferta Odwołującego Polskie Linie Oceaniczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni została odrzucona w Zadaniu nr 1, 2 i 3.

Okoliczność ta została również potwierdzona przez samego Odwołującego w treści odwołania, gdzie jednoznacznie podaje, że oferty Odwołującego w Zadaniu 1, 2, i 3 zostały odrzucone.

Z treści odwołania wynika w sposób jednoznaczny, że Odwołujący nie kwestionował czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie Zadania nr 1, 2 i 3. Odwołujący nie kwestionując czynności odrzucenia jego oferty dąży do unieważnienia postępowania – co wynika z wniosku jaki złożył „unieważnienia postępowania w Części nr 1, 2 i 3 (Zadanie nr 1, 2 i 3)” oraz stanowiska jakie zawarł w części uzasadnienia interesu we wniesieniu odwołania.

**Izba stwierdziła, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 528 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.) ponieważ odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony – w przedmiotowym przypadku podmiot, który utracił status wykonawcy.**

Izba wskazuje, że krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej wyznacza przepis art. 505 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej „ustawy”), zaliczając do niego wykonawcę, uczestnika konkursu, a także inny podmiot, 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 tym też ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku zgodnie z art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2021 roku przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych) z tym zastrzeżeniem, że wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują one również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy Pzp 2019 oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców.

Zgodnie z powyższym 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.

W odniesieniu do pojęcia „wykonawcy” definicja legalna zawarta jest w art. 7 pkt 30 ustawy – 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.

Tym samym status wykonawcy, zgodnie z powyższą definicją, wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. Podobnie zdefiniowane jest pojęcie „wykonawcy” w ustawie Prawo zamówień publicznych z 2004 roku, a omawiana przesłanka odrzucenia odwołania nie uległa zmianie. W ocenie Izby, przy uwzględnieniu definicji legalnej „Wykonawcy” oraz zbieżności przesłanek odrzucenia wymaga odnotowania, że dotychczasowy dorobek orzecznicy w powyższym zakresie pozostaje aktualny.

Izba podkreśla, że sam fakt złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Odwołującego nie gwarantował i nie gwarantuje wykonawcy zachowania statusu wykonawcy w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez ustawodawcę, a to bezpośrednio wpływa na możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Status wykonawcy można nieodwracalnie utracić – przykładowo – w wyniku zaniechania zaskarżenia przez wykonawcę, który złożył ofertę decyzji zamawiającego o odrzuceniu jego oferty lub wykluczeniu go z udziału w postępowaniu.

Oferta Odwołującego, co potwierdził sam Odwołujący w odwołaniu, została odrzucona z postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie Zadania nr 1, 2 i 3 – pismo z dnia 24 lutego 2021 roku *Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w Zadaniu nr 1, 2, 3 i 4 oraz zawiadomienie o odrzuceniu oferty w Zadaniu nr 1, 2 i 3* – natomiast zarzuty odwołania nie odnoszą się do czynności odrzucenia oferty Odwołującego i Odwołujący nie kwestionuje tej czynności Zamawiającego. Zarzuty odwołania nakierowane są na nieprawidłową w ocenie Odwołującego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, która to oferta w ocenie Odwołującego powinna zostać odrzucona z postępowania, ponieważ zawiera również błędy tak jak i oferta dla zadania nr 1,2 i 3 Odwołującego. Izba stwierdziła, że Odwołujący w żaden sposób nie przeciwdziałał eliminacji oferty Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, akceptując tym samym ustalenia i ostateczną ocenę oferty dla Zadania nr 1, 2 i 3 dokonaną przez Zamawiającego. podmiotową przeprowadzoną przez Zamawiającego.

Wymaga odnotowania w tym miejscu, że 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 jego oferty, której

to czynności Odwołujący tym razem nie zakwestionował (przez podniesienie w ramach tego dowołania zarzutów w zakresie odrzucenia ofert lub złożenie odwołania w tym zakresie) status aktywnego uczestnika (wykonawcy) postępowania o udzielenie zamówienia utracił. Czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywiera skutki prawne, które – wobec niewniesienia odwołania – mają charakter nieodwracalny. Przymiot uczestnika postępowania Odwołujący utracił w momencie, gdy zdecydował się nie kwestionować czynności Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania, a zaskarżyć jedynie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy. w efekcie Odwołujący również sam zrezygnował z swojego statusu „wykonawcy” aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

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 wykluczonymu 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. W głosie do ww. orzeczenia TSUE Małgorzaty Sieradzkiej (LEX/el. 2017) - 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.

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 Donaauraum AG (WED)*, ECLI:EU:C:2003:359), potwierdza powyższą tezę, bowiem 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.

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

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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:** .....