

POSTANOWIENIE
z dnia 29 września 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Anna Kuszel - Kowalczyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 29 września 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. G., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą G. M. GAJA z siedzibą w Kętach, FILATI M. K. Sp. j. z siedzibą w Opiesinie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego 3 Regionalną Bazę Logistyczną w Krakowie

przy udziale wykonawcy LARIX J. P. Sp. j. z siedzibą w Bielsku - Białej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. G., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą G. M. GAJA z siedzibą w Kętach, FILATI M. K. Sp. j. z siedzibą w Opiesinie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście 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.2021 r., poz. 1129 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 – 3 Regionalna Baza Logistyczna w Krakowie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 poz. 2019 1129 ze zm., dalej ustawa Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania – skarpet specjalne letnie i zimowe WS oraz bielizna specjalna letnia i zimowa WS”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 maja 2021 roku pod nr 2021/S 095-249028.

Zamawiający w dniu 10 sierpnia 2021 r. dokonał wyboru w Zadaniu nr 3 i 4 jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy LARIX J. P. Sp. j. z siedzibą w Bielsku - Białej oraz odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. G., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą G. M. GAJA z siedzibą w Kętach, FILATI M. K. Sp. j. z siedzibą w Opiesinie (dalej zwane Konsorcjum).

W dniu 20 sierpnia 2021 roku odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia M. G., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą G. M. GAJA z siedzibą w Kętach, FILATI M. K. Sp. j. z siedzibą w Opiesinie wnieśli odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszych ofert w zakresie zadania nr 3 i zadania nr 4 złożonych przez Wykonawcę – LARIX J. P. Spółka Jawna z siedzibą w Bielsku-Białej (43-303 Bielsko- Biała, ul. Elizy Orzeszkowej 40), które podlegały odrzuceniu, a Wykonawca ten wykluczeniu z postępowania, co miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyżej wskazanej czynności podjętej przez Zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszych ofert w zakresie zadania nr 3 i zadania nr 4, odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 109 pkt 10 ustawy Pzp polegające na braku wykluczenia Wykonawcy – LARIX J. P. Spółka Jawna w Bielsku-Białej z postępowania, pomimo bezprawnego wpływania na czynności zamawiającego, dające mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy – LARIX J. P. Spółka Jawna w Bielsku-Białej, w sytuacji braku spełniania przez ofertę Wykonawcy wymogów określonych przez Zamawiającego,

dotyczących składu dzianiny z jakiej ma zostać wykonane zamówienie (to jest niezgodności jej treści z warunkami zamówienia), i w konsekwencji na zaniechaniu unieważnienia postępowania;

3) art. 462 ust. 1 ustawy Pzp polegające na wyborze przez Zamawiającego oferty Wykonawcy – LARIX J. P. Spółka Jawna w Bielsku-Białej, jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy Wykonawca nie zajmuje się w ramach prowadzonej działalności produkcją odzieży i zleci wykonanie całości zamówienia podwykonawcy wbrew oświadczeniu zawartemu w ofercie o tym, że nie zamierza powierzyć podwykonawcom wykonania jakiejkolwiek części zamówienia;

4) art. 254 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 2) ustawy Pzp poprzez brak unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu;

a z ostrożności procesowej, na wypadek braku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w punktach 1)-4) powyżej:

5) art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez brak wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy – LARIX J. P. Spółka Jawna w Bielsku-Białej, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 3 i zadania nr 4 złożonej przez wykonawcę – LARIX J. P. Spółka Jawna w Bielsku-Białej (43-303 Bielsko-Biała, ul. Elizy Orzeszkowej 40);

3) w razie, gdyby umowa została zawarta, wniósł o unieważnienie umowy zawartej przez Zamawiającego z Wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą;

4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w szczególności kwoty uiszczonego wpisu i kosztów stawiennictwa na rozprawie.

Odwołujący podał również, że zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania, bowiem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego występował w charakterze Wykonawcy mającego interes w uzyskaniu

zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w postaci utraty zamówienia w wyniku naruszenia przez Zmawiającego przepisów ustawy Pzp. Nawet bowiem odrzucenie ofert odwołującego nie spowodowało utraty przezeń interesu w uzyskaniu zamówienia, ani nie wykluczyło możliwości poniesienia przezeń szkody, ponieważ w sytuacji, gdy jedyny pozostały w postępowaniu Wykonawca podlegał wykluczeniu, a jego oferty odrzuceniu, to postępowanie winno zostać unieważnione, a nowe postępowanie umożliwiłoby ponowne złożenie prawidłowych ofert przez odwołującego.

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 10 sierpnia 2021 roku *Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 3 i zadania nr 4 oraz odrzuceniu oferty wykonawcy* oferta Odwołującego Konsorcjum została odrzucona w Zadaniu nr 3 i 4.

Okoliczność ta została również potwierdzona przez samego Odwołującego w treści odwołania.

Z treści odwołania wynika w sposób jednoznaczny, że Odwołujący nie kwestionował czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie Zadania nr 3 i 4. Odwołujący nie kwestionując czynności odrzucenia jego oferty dąży do unieważnienia postępowania – co wynika z stanowiska jakie zawarł w uzasadnieniu interesu we wniesieniu odwołania.

Izba stwierdziła, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp 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 Pzp 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, z tym zastrzeżeniem, że wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia, środki ochrony prawnej przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy Pzp 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 Pzp.

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, zostało odrzucona z postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie Zadania nr 3 i 4 – pismem z dnia 10 sierpnia 2021 roku – 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, a wykonawca wykluczony z postępowania. 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 3 i 4 dokonaną przez Zamawiającego.

Wymaga odnotowania w tym miejscu, że Odwołujący status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym niewątpliwie posiadał (złożył oferty, ubiegał się o zamówienia), to jednak, w wyniku czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego ofert, 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, a tym samym jego odwołanie jako złożone przez podmiot nieuprawniony podległa odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższe potwierdza również orzecznictwo. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 28 kwietnia 2021 r., w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 10/21 stwierdził, że „W ocenie Sądu Okręgowego, cel uzasadniający interes tj. potencjalne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może być zaakceptowany ale tylko w stosunku do takiego uczestnika, który nie został prawomocnie wyeliminowany z postępowania. Ochrona prawna powinna bowiem służyć takiemu uczestnikowi, który może jeszcze zamówienie uzyskać. Reasumując, orzecznictwo, w tym europejskie wskazując na możliwość zaskarżenia przez wyeliminowanego wykonawcę czynności zamawiającego wyboru oferty innego wykonawcy, ogranicza to prawo zaskarżenia wyłącznie do sytuacji, gdy obie czynności (wykluczenia {tu odrzucenia – przyp. autora} i wyboru oferty) podjęto jednocześnie, a czynność odrzucenia oferty nie stała się prawomocna. Wskazane orzeczenia ale też i motyw 57 powołanego wyżej wyroku w sprawie C-131/16 (...) sp. z o.o., G., odnosząc się do ww. wyroku TSUE w sprawie C-355/15 potwierdzają brak interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody przez przeciwników skargi (...) w związku z kwestionowaniem tylko i wyłącznie wyboru oferty skarżących jako

najkorzystniejszej w postępowaniu, w sytuacji, gdy wnioski odwołania nie zmierzają jednocześnie ani do unieważnienia czynności odrzucenia oferty przeciwników skargi (...).»

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

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: