

POSTANOWIENIE
z dnia 4 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 4 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę: **FBSEWIS S.A. w Warszawie (01-040), ul. Stawki 40** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie (31-586), ul. Centralna 53**

przy udziale wykonawcy: **ZUE S.A. w Krakowie (30-048), ul. Kazimierza Czapińskiego 3**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **FBSEWIS S.A. w Warszawie (01-040), ul. Stawki 40** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **FBSEWIS S.A. w Warszawie (01-040), ul. Stawki 40** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*Utrzymanie urządzeń oświetlenia ulicznego i iluminacji obiektów Gminy Miejskiej Kraków z podziałem na cztery rejony*” (znak sprawy: 18/111/2017), prowadzonym przez Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie (31-586 Kraków) [dalej: „zamawiający”] FBSERWIS S.A. (01-040 Warszawa) [dalej „odwołujący” albo „obecny odwołujący”] w dniu 28 sierpnia 2017 r. wniósł odwołanie.

W dniu 1 września 2017 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (na wezwanie zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2017 r.) doręczyło ZUE S.A. z Krakowa (30-048) [dalej „przystępujący” albo „ZUE”].

Ustalona przez zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w piśmie zamawiającego z dnia 30 sierpnia 2017 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) [dalej „ustawa Pzp”].

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2017/S 065-122529) w dniu 1 kwietnia 2017 r.

Jak ustaliła Izba na podstawie dokumentów zebranych w sprawie, w tym dokumentów przekazanych przez zamawiającego w dniu 4 września 2017 r. (w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Izby z dnia 30 sierpnia 2017 r.) i poświadczonych za zgodność z oryginałem, uwzględniając także akta postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1431/17 tak odwołujący, jak i przystępujący złożyli zamawiającemu (jako jedyni) oferty.

Zamawiający, pismem z dnia 30 czerwca 2017 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego, tj. iż oferta złożona przez obecnego odwołującego została uznana za najkorzystniejszą. Ocenie została poddana także oferta przystępującego.

Z tak dokonanym wyborem nie zgodził się przystępujący i wniósł odwołanie (sprawa o sygn. akt KIO 1431/17), zarzucając zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez obecnego odwołującego.

Obecny odwołujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1431/17.

Na mocy wyroku Izby z dnia 28 lipca 2017 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 1431/17 Izba uwzględniła odwołanie „w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania KIO 1794/17

odrzućenia oferty FBSerwis S.A. z uwagi na rażąco niską cenę” i nakazała zamawiającemu: „unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty FBSerwis S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej”.

Zamawiający, pismem z dnia 18 sierpnia 2017 r. przekazał odwołującemu informację o uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez przystępującego, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego: *„została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”*

Odwołujący wniósł rozpoznawane odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wobec zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy ZUE, a nadto wobec zaniechania dostatecznego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 18, poprzez zaniechanie wykluczenia ZUE z postępowania pomimo, iż wykonawca ten bezprawnie pozyskał informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż nie będąc do tego uprawnionym powziął on wiedzę na temat informacji zawartych w części oferty odwołującego skutecznie zastrzeżonej jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. w wykazie osób dedykowanych do realizacji zamówienia, a także w przedstawionych zamawiającemu na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, które to informacji mogły mu dać (i dały) przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem zostały wykorzystane do skonstruowania zarzutów i wniesienia odwołania w sprawie KIO 1431/17,
2. art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 8 ust. 1-3 oraz w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez zaniechanie przekazania odwołującemu w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej informacji o powodach odrzucenia oferty oraz podania uzasadnienia faktycznego i prawnego w sposób pozwalający na ustalenie, dlaczego oferta odwołującego została uznana za ofertę zawierającą rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
3. nakazanie zamawiającemu wykluczenie ZUE z postępowania,

4. nakazanie zamawiającemu uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, poprzez wskazanie okoliczności, na podstawie których zamawiający uznał, że oferta odwołującego zawiera cenę rażąco niską.

a także o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów

W ocenie Izby odwołanie to, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony, podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 179 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp, w tym odwołanie, 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, 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. 154 pkt 5 ustawy Pzp – tym samym tylko podmioty wskazane w tym przepisie mogą zostać uznane za uprawnione do wniesienia odwołania, stąd *a contrario* podmioty niezaliczające się do tego grona, uznane muszą zostać za nieuprawnione do wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie musi zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Jak wynika z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. W rozpoznawanej sprawie odwołujący złożył ofertę, zatem niewątpliwym jest, że status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez zamawiającego odwołujący posiadał. Niemniej jednak, w wyniku czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego, odwołujący status aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia utracił.

Tak jak oczywistym jest, że wykonawcy wykluczeni z postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na pierwszym jego etapie, nie mogą być uznawani za wykonawców czynnie uczestniczących w tym postępowaniu na jego kolejnym etapie, tj. składania ofert, tak też podmiot, którego oferta została przez zamawiającego odrzucona, a czynność ta nie została zaskarżona w odpowiednim terminie, również nie może za takiego

czynnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia (wykonawcę) być uważany. Podmioty te, mimo, że na wcześniejszych etapach były wykonawcami uczestniczącymi w postępowaniu, to w omawianych tu przypadkach, za wykonawców uznane już być nie mogą – utraciły one bowiem ten status na skutek określonych czynności podjętych przez zamawiającego i niezaskarżenia tych czynności w przepisany prawem terminie. Są one wykonawcami jedynie w ujęciu historycznym, w zamkniętych ramach czasowych, których cezurą końcową jest skuteczne (niezaskarżalne) ich wykluczenie z udziału w postępowaniu lub odrzucenie złożonej przez nich oferty. Tak m.in. Izba w sprawie KIO 2288/13, czy też sprawie KIO 1500/13 gdzie wskazano, że: *„W postanowieniu z 19 marca 2012 r. sygn. akt IX Ga 39/12 (niepubl.) Sąd Okręgowy w L. wskazał, że w pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza winna ocenić, czy odwołanie zostało wniesione przez podmiot do tego uprawniony. Izba zważyła, że odwołujący nie kwestionuje czynności wykluczenia go z postępowania. Czynność wykluczenia wywiera zatem skutki prawne, które - wobec nie wniesienia skargi do Sądu Okręgowego na wyrok Izby z 10 czerwca 2013 r. - mają charakter nieodwracalny. Odwołujący nie jest już uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, zatem odwołanie, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 P.z.p. Prezentowana wykładnia przywołanego przepisu, mającego zastosowanie nie tylko do złożenia odwołania przez niewłaściwie umocowanego pełnomocnika odwołującego, ale również do okoliczności, w których podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej nie może uczestniczyć w postępowaniu odwoławczym, gdyż sam jest podmiotem do tego nieuprawnionym, została podniesiona w doktrynie (vide: J. Jerzykowski (w:) M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV). Pogląd, iż niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, który został skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu, a tym samym utracił status uczestnika tego postępowania, znalazł również potwierdzenie w postanowieniu Sądu Okręgowego W. w W. z dnia 9 października 2008 r. sygn. akt IV Ca 521/08 (niepubl.). W uzasadnieniu tego postanowienia Sąd Okręgowy stwierdził, że odwołanie wniesione przez taki podmiot podlega odrzuceniu, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony. Analogiczny pogląd wywiedziony został także w postanowieniu Izby z dnia 18 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1176/09) oraz z dnia 5 kwietnia 2011 r., (sygn. akt: KIO 842/11, KIO 844/11), w których Izba za nieuprawniony uznała podmiot, któremu nie służy przymiot wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, na którym zostaje złożony środek ochrony prawnej.”*

W ocenie Izby sytuację tę należy zrównać z przypadkiem, w którym oferta złożona przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia została przez zamawiającego odrzucona na skutek wykonania wyroku Izby. Z tym tylko wyjątkiem,

że w takim przypadku nie jest konieczny upływ terminu na wniesienie odwołania, ponieważ zgodnie z art. 185 ust. 6 ustawy Pzp odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 tegoż artykułu do przystąpienia do postępowania odwoławczego, nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby. Tym samym ustawa Pzp w sposób wyraźny wyłącza możliwość odwoływania się wobec czynności dokonanych przez zamawiającego w wykonaniu wyroku Izby. Czynność taka nie może zostać podważona na drodze wniesienia do Prezesa Izby kolejnego odwołania wobec tej właśnie czynności. Już z samego faktu jej dokonania w wykonaniu wyroku Izby nakazującego jej podjęcie staje się ona niezaskarżalna. Stąd też z chwilą realizacji przez zamawiającego takiej czynności (wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia złożonej przez niego oferty), podmiot, do którego czynność ta bezpośrednio się odnosi, traci status aktywnego wykonawcy – przestaje on z tą chwilą czynnie uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Faktem jest, że wyrok Izby, stanowiący podstawę jej dokonania, może zostać zaskarżony przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, w którym był on wydany (tak też się stało w przedmiotowym stanie faktycznym, co oświadczył odwołujący – pkt 3 „*Uzasadnienie interesu we wniesieniu odwołania*” str. 8 i 9 odwołania), jednakże samej czynności zamawiającego, o której tu mowa, podmioty wezwane do przystąpienia do postępowania odwoławczego kwestionować już nie mogą.

Co istotne i wymagające podkreślenia, przepisy ustawy Pzp nie nakazują zamawiającemu powstrzymania się z podejmowaniem jakichkolwiek działań do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia skargi przez sąd okręgowy, czy choćby do upływu terminu na wniesienie takiej skargi. Wręcz przeciwnie, możliwym jest nie tylko podjęcie dalszych działań w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale nawet podpisanie umowy wieńczącej to postępowanie (art. 183 ust. 1 ustawy Pzp). Aby możliwym było podpisanie samej umowy, zamawiający może być zmuszony do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, a co za tym idzie, wcześniejszego przeprowadzenia badania i oceny ofert złożonych mu w postępowaniu. W takim przypadku jest on zatem zobowiązany również do odrzucenia ofert, które zgodnie z przepisami ustawy Pzp winny zostać odrzucone. Wszystkie te czynności zamawiający jest władny podejmować niezależnie od toczącego się postępowania skargowego. Tym samym sama tylko możliwość zaskarżenia wyroku Izby, nie może wpływać na ocenę prawidłowości działań podejmowanych w postępowaniu po wydaniu wyroku przez Izbę – postępowanie skargowe nie zawiesza skuteczności czynności podejmowanych przez zamawiającego, czy to w wykonaniu wyroku Izby, czy to innych, koniecznych do zamknięcia postępowania i ewentualnego podpisania umowy.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że wykonawca, którego oferta została odrzucona w wykonaniu wyroku Izby nie został wyposażony w uprawnienie do kwestionowania tej czynności na drodze wniesienia nowego odwołania. Został on zatem pozbawiony, z mocy prawa (zgodnie z przepisem art. 185 ust. 6 ustawy Pzp) możliwości odwołania się wobec czynności, której konsekwencją jest pozbawienie go statusu aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia – wykonawcy uczestniczącego w tym postępowaniu. Co wymaga dodatkowego podkreślenia, statusu czynnego uczestnika – wykonawcy, podmiot ten jest pozbawiany nie w wyniku zapadłego orzeczenia Izby (które mogło i zostało zaskarżone do sądu okręgowego), ale w wyniku późniejszej czynności zamawiającego stanowiącej wykonanie tegoż wyroku Izby. I to właśnie ta czynność jest taką, wobec której odwołania, zgodnie z art. 185 ust. 6 ustawy Pzp, wnieść już temu podmiotowi nie wolno. Konsekwencją takiego stanu jest to, że począwszy od czynności dokonanej w wykonaniu wyroku Izby został on również pozbawiony uprawnienia do wnoszenia jakichkolwiek innych odwołań w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w których dotychczas uczestniczył jako wykonawca – nie posiada on już bowiem aktywnego statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego przez zamawiającego. Stąd też każde wniesione przez niego odwołanie, nie tylko zmierzające do podważenia czynności odrzuconej przez niego oferty dokonanej w wykonaniu wyroku Izby, ale każdej innej podjętej równocześnie z tą czynnością lub już po niej, winno zostać odrzucone, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że odwołujący, którego oferta została właśnie w wykonaniu wyroku Izby (KIO 1431/17) odrzucona przez zamawiającego, nie mogło na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia zostać uznane za podmiot uprawniony do wniesienia odwołania. Skoro nie było ono uprawnione do wnoszenia odwołania wobec czynności, której dokonanie wyłączyło je z grona podmiotów czynnie biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie mogło ono tym samym (nie będąc wykonawcą czynnie uczestniczącym w tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia) kwestionować również innych decyzji zamawiającego podejmowanych po odrzuceniu złożonej przez odwołującego oferty.

Zauważyć przy tym należy, że odwołujący nie mógł zostać w rozpoznawanej sprawie uznane za „*inny podmiot*”, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem pojęcie to odnoszone jest, jak to zauważyła Izba w orzeczeniu KIO 529/14, do innych przypadków: *„Takim podmiotem - jak w niniejszej sprawie - będzie przedsiębiorca, który mógłby być potencjalnym uczestnikiem postępowania konkurencyjnego (prowadzonego w jednym z trybów określonych ustawą), ale wobec wszczęcia postępowania, w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., z naruszeniem - zdaniem*

Odwołującego - tego przepisu, uniemożliwił mu wzięcie udziału w postępowaniu w charakterze wykonawcy. Zdaniem Izby, potencjalnemu podmiotowi, mogącemu wykonać zamówienie i wyrażającemu taką chęć nie można a priori odmówić interesu we wnoszeniu odwołania w koniunkcji z utratą możliwości uzyskania zamówienia (możliwość poniesienia szkody), będącej wynikiem nieprawidłowo zastosowanego trybu udzielenia zamówienia”.

Ponadto, w ocenie Izby, niewłaściwym byłoby przyjęcie, że podmiot, który w wyniku czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia i wypływających z tego konsekwencji utracił status wykonawcy, mógł następnie wnosić odwołania jako „*inny podmiot*”, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jeśli bowiem dany podmiot skutecznie do pewnego etapu ubiegał się o udzielenie zamówienia – czynnie uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tak jak w rozpoznawanym przypadku, gdzie odwołujący złożył ofertę), a następnie został statusu wykonawcy pozbawiony (złożona przez niego oferta została odrzucona przez zamawiającego w wyniku orzeczenia wydanego przez Izbę), to nie sposób uznać, że odwołujący mógłby zostać uznany w takim przypadku za inny podmiot, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Pojęcie to odnosi się bowiem do podmiotów, które nigdy statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do którego odnosi się wnoszone przez nie odwołanie, nie miały i nie mogły go uzyskać z uwagi na naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja taka nie miała miejsca.

Prezentując powyższą argumentację, Izba w pełni podzieliła zapatrywania Izby wyrażone w orzeczeniu zapadłym sprawie o sygn. akt KIO 631/15.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Izba uznała, iż rozpoznawane odwołanie podlega, (z przyczyn formalnych) odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Badanie istnienia po stronie odwołującego interesu we wniesieniu odwołania (przesłanka materialna) est w tych okolicznościach zbędne.

Uwzględniając powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: