

Sygn. akt: KIO 1400/22

**POSTANOWIENIE  
z dnia 31 maja 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 31 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2022 r. przez wykonawcę: **Budotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Pilchowicach,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Administrację Zasobów Komunalnych w Pszczynie,**

przy udziale wykonawcy **Hamster Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. odrzuca odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Budotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Pilchowicach zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Administracja Zasobów Komunalnych w Pszczynie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Projekt i budowa budynku toalety samoobsługowej w Pszczynie przy ul. Chrobrego*. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00074125/01.

W dniu 24 maja 2022 r. wykonawca Budotechnika Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Hamster Polska Sp. z o.o. i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz wobec zaniechania unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 109 ust. 1 pkt. 8 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Hamster Polska Sp. z o.o. oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu decyzje,
2. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą,
3. art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
4. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia złożonych dokumentów wykonawcy Hamster Polska Sp. z o.o., który złożył sprzeczne z SWZ podmiotowe środki dowodowe.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia wykonawcy Hamster Polska Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty oraz dokonania czynności unieważnienia postępowania.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Hamster Polska Sp. z o.o., który zgłosił przystąpienie do postępowania

w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpił.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. Ww. przepis stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej 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.

Z przywołanych przepisów wynika, że nie jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej podmiot, który utracił w danym postępowaniu status wykonawcy.

Izba stwierdziła, że w rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie ma statusu wykonawcy i nie jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej, oferta Odwołującego została bowiem odrzucona, a wobec tej czynności nie zostało wniesione odwołanie.

Izba ustaliła, że w dniu 6 kwietnia 2022 r. oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza. Wybór ten został zaskarżony przez wykonawcę Hamster Sp. z o.o., który zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Budotechnika Sp. z o. o. oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy z postępowania, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu,
- 2) lub z ostrożności procesowej, naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawcy Budotechnika Sp. z o. o. który nie złożył przedmiotowych środków dowodowych wymaganych przez Zamawiającego w SWZ,
- 3) naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą,
- 4) naruszenie art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wykonawca Hamster Sp. z o.o. wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy Budotechnika Sp. z o.o. oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej (odwołanie z 11 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 993/22). Odwołujący nie przystąpił wówczas do postępowania odwoławczego.

Zamawiający pismem z 26 kwietnia 2022 r. oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 (w odniesieniu do wykazu osób i wykazu robót budowlanych), zarzutu nr 3 oraz zarzutu nr 4, nie uwzględnia natomiast zarzutu nr 1 oraz zarzutu nr 2 w odniesieniu do wykazu usług. Zamawiający oświadczył, że w związku z uwzględnieniem części zarzutów unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzy czynność badania i oceny ofert oraz odrzuci ofertę wykonawcy Budotechnika Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp. Pozostałe zarzuty odwołania zostały przez wykonawcę Hamster Sp. z o.o. wycofane. W związku z powyższym Izba postanowieniem z 28 kwietnia 2022 r. umorzyła postępowanie odwoławcze.

Izba ustaliła, że w dniu 19 maja 2022 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Budotechnika Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp oraz o dokonaniu wyboru oferty Hamster Sp. z o.o.

Wobec faktu, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego była zgodna z żądaniem uwzględnionego przez Zamawiającego odwołania, nie podlegała zaskarżeniu. Tym samym Odwołujący, którego oferta została ostatecznie odrzucona, utracił status wykonawcy uprawnionego do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Powyższe znajduje również potwierdzenie w art. 2a Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, zgodnie z którym *oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania.* Ponieważ wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty stało się ostateczne wobec niewniesienia odwołania na tę czynność, w świetle przywołanych wyżej przepisów Odwołujący nie może być uznany za zainteresowanego w rozumieniu ww. Dyrektywy i tym samym za uprawnionego do wniesienia odwołania.

Potwierdzeniem tego jest orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 (Technische Gebäudebetreuung i Caverion

Österreich), w którym Trybunał udzielił odpowiedzi na następujące pytanie prejudycjalne: *Czy, mając na względzie zasady sformułowane w wyroku [...] z dnia 4 lipca 2013 r. [Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)], art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że oferentowi, którego oferta została ostatecznie odrzucona przez instytucję zamawiającą i który w związku z tym nie jest [zgodnie z art. 2a dyrektywy 89/665] zainteresowanym oferentem, można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia (decyzji o zawarciu umowy ramowej) i o zawarciu umowy (obejmującej wymagane na podstawie art. 2 ust. 7 dyrektywy prawo do przyznania odszkodowania), mimo że oferty złożyli tylko dwaj oferenci i oferta wybranego oferenta, któremu udzielono zamówienia, powinna była, zgodnie z twierdzeniem niezainteresowanego oferenta [który wniósł to odwołanie], również zostać odrzucona?* Trybunał udzielił na to pytanie następującej odpowiedzi: (...) *art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 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 odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna była zostać odrzucona.*

Mimo że przedmiotowe postępowanie ze względu na wartość nie podlega przepisom ww. dyrektywy, powyższe stanowisko TSUE powinno być uwzględnione przy interpretacji przepisów krajowych określających krąg podmiotów legitymowanych do korzystania ze środków ochrony prawnej. Przepisy polskiej ustawy Pzp określają bowiem tę kwestię bez zróżnicowania ze względu na wartość zamówienia, powinny być więc one interpretowane tak samo zarówno w postępowaniach o wartości zamówienia nieprzekraczającej progów unijnych, jak i w postępowaniach o wartości zamówienia przekraczającej te progi.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 8 ust. 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. z 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

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

**Przewodniczący:** .....