

POSTANOWIENIE
z dnia 17 grudnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 17 grudnia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2019 roku przez **Odwołującego IMS Innovative Medical Solutions B. N. Spółka Jawna** (ul. Kamiennogórska 22 60-179 Poznań) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Rydygiera w Toruniu** (ul. Św. Józefa 53-59 87-100 Toruń)

przy udziale:

wykonawców **A. S., Ł. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą ATMED s.c.** (ul. Lelewela 11/1 85-669 Bydgoszcz) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2465/19 po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego IMS Innovative Medical Solutions B. N. Spółka Jawna (ul. Kamiennogórska 22, 60-179 Poznań) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego IMS Innovative Medical Solutions B. N. Spółka Jawna (ul. Kamiennogórska 22, 60-179 Poznań) tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1863) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu w Toruniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Rydygiera w Toruniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę narzędzi chirurgicznych, specjalistycznych dla chirurgii szczękowej, zestawu do mikrodisektomii odcinka lędźwiowego kręgosłupa, (zwane dalej postępowaniem).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S 140-344327 z dnia: 23 lipca 2019 r. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

W dniu 5 grudnia 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie w zakresie Zadania nr 1, przez wykonawcę **IMS Innovative Medical Solutions B. N. Spółka Jawna** z siedzibą w Poznaniu (zwanego dalej Odwołującym) od czynności zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert, ergo zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy ATMED S.C. A. S., Ł. S. z postępowania.

Powyższym czynnościom, Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. poprzez dokonanie wadliwej czynności oceny oferty wykonawcy ATMED S.C. A. S., Ł. S.,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy opisanego w pkt 2 albowiem treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia
4. art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy opisanego w pkt 2 albowiem złożenie oferty przez w/w wykonawcę oznacza popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy,
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, tj. bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego, wobec której zamawiający powinien się pochylić ponownie, dokonać jej ponownego badania i oceny oraz w wyniku dokonania powyższych czynności, zamawiający winien cofnąć

oświadczenie woli o jej odrzuceniu, a następnie dokonać jej wyboru albowiem zawiera ona ustawowe znamiona oferty najkorzystniejszej.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie uchylenia decyzji o wyborze oferty wykonawcy ATMED S.C. A. S., Ł. S. a następnie jej odrzucenia na podstawie kumulatywnie wszystkich zbiegających się podstaw. Odwołujący żąda także dokonania ponownego badania i oceny jego oferty i wynikowo, uchylenia decyzji o jej odrzuceniu.

Odnosząc się do posiadanego interesu prawnego, Odwołujący wyjaśnił, że działania Zamawiającego polegające na wadliwej ocenie i badaniu oferty wykonawcy ATMED S.C. A. S., Ł. S., ergo zaniechanie odrzucenia oferty w/w wykonawcy ma decydujący wpływ na uniemożliwienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Zmiana decyzji Zamawiającego doprowadzi do stworzenia odwołującemu realnych szans w ubieganiu się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany. Zważyć bowiem należy, że zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powołaniem na zarzuty, których w identycznym stanie faktycznym i prawnym nie podniósł wobec oferty wykonawcy ATMED S.C. A. S., Ł. S. i pomimo tego, że treści oferty odwołującego i wykonawcy ATMED S.C. A. S., Ł. S. w pewnych punktach (które stanowiły przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego) jest taka sama, w tym przypadku zamawiający orzekł, że treść oferty w/w wykonawcy jest zgodna z treścią SIWZ. W powyższy sposób oczywistym i nie wymagającym dodatkowego dowodu staje się zarzut naruszenia zasady równości i uczciwej konkurencji. Albowiem z powołaniem na identyczną okoliczność, zamawiający jedną ofertę odrzuca a drugą wybiera jako najkorzystniejszą.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W dniu 1 października 2019 roku Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie Zadania nr 1, wskazując jako podstawę prawną odrzucenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający precyzyjnie wskazał na elementy, które świadczyły o niezgodności oferty z wymaganiami zawartymi w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ): „(...) Wykonawca po pierwsze zaoferował w Zadaniu nr 1 poz. 61 kontener średni z pokrywą na jeden filtr, co jest bezsprzecznie niezgodne z treścią SIWZ, bowiem w tej pozycji wymagany był kontener z pokrywą na dwa filtry. Ponadto Wykonawca nadinterpretując zapisy SIWZ (z uwzględnieniem zmiany wprowadzonej w dniu 14.08.2019

r.) w zakresie wymogów co do oferowanych w Zad. Nr 1 - poz. 38, 61, 94 filtrów z walidacją o minimalnej ilości 4500 cykli sterylizacyjnych, zaoferował wyroby o innych parametrach w tym zakresie i w innej liczbie niż wymagana tj. zamiast wymaganych filtrów z walidacją na 4500 cykli sterylizacyjnych zaoferował wielokrotności opakowań filtrów z walidacją na 1000 cykli sterylizacyjnych”.

Od czynności Zamawiającego, tj. od decyzji o odrzuceniu oferty, Odwołujący nie wniósł przysługującego mu odwołania.

Dnia 25 listopada 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. W zakresie Zadania nr 1, za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę ATMED S.C. A. S., Ł. S. (Ul. Lelewela 11/1, 85-669 Bydgoszcz).

Od decyzji Zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej, Odwołujący wniósł w dniu 5 grudnia 2019 r odwołanie do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Izba na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, zgodnie z art. 189 ust. 4 ustawy. Zgodnie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej wyznacza przepis art. 179 ust. 1 Pzp, zaliczając do niego wykonawcę, uczestnika konkursu, a także inny podmiot, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp 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.

Wskazać przy tym samym należy, że tylko podmioty wymienione 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. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Ze względu na użycie w treści przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp pojęcia wykonawcy koniecznym jest sięgnięcie do definicji legalnej tego pojęcia z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp - wykonawca to osoba fizyczna, prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Z przepisu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp wynika, że status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia.

Jednak sam fakt, iż Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, nie gwarantowało mu zachowanie statusu wykonawcy w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez ustawodawcę. Status wykonawcy można bowiem nieodwracalnie utracić - przykładowo - w wyniku zaniechania zaskarżenia przez wykonawcę, który złożył ofertę decyzji zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu lub odrzucenia jego oferty.

Odwołujący w rozpoznawanej sprawie nie zakwestionowała czynności Zamawiającego z dnia 1 października 2019 roku tj. odrzucenia jego oferty w zakresie Zadania nr 1. Tym samym czynność odrzucenia oferty Odwołującego wywiera skutki prawne, które - wobec nie wniesienia odwołania do dnia 11 października 2019 roku od czynności Zamawiającego z dnia 1 października 2019 roku - mają charakter nieodwracalny i ostateczny, a Odwołujący pozbawił się możliwości skutecznego podnoszenia zarzutów w odniesieniu do czynności podejmowanych przez Zamawiającego na dalszym etapie postępowania.

Odwołujący, na moment złożenia odwołania tj. 5 grudnia 2019 roku, nie jest już uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie Zadania nr 1, zatem odwołanie jako wniesione przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy.

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). Zaznaczenia wymaga, że podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – czyli jak w rozpoznawanej sprawie – lecz na kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferta tego wykonawcy została

nieodwracalnie z tego postępowania odrzucona, bowiem nie wnosił odwołania na czynność odrzucenia ofert, na dalszych etapach postępowania staje się on podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania (podobnie M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018, str. 875).

Pogląd, że niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez podmiot, którego oferta została skutecznie odrzucona z postępowania, a tym samym utracił status uczestnika tego postępowania, znalazł również potwierdzenie w postanowieniu Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008r. sygn. akt IV Ca 521/08, w uzasadnieniu tego postanowienia Sąd Okręgowy stwierdził, że odwołanie wniesione przez taki podmiot podlega odrzuceniu, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Analogicznie wywodzi Izba w postanowieniach z dnia 18 września 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1176/09, z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 842/11, KIO 844/11, z dnia 4 lipca 2013 roku sygn. akt KIO 1500/13, z dnia 9 marca 2015 roku sygn. akt KIO 341/15, z dnia 30 maja 2016 roku sygn. akt KIO 849/16. Podobnie również w postanowieniu z dnia 4 września 2017 roku sygn. akt KIO 1794/17 oraz z dnia 14 marca 2017 roku sygn. akt KIO 365/17, z dnia 17 stycznia 2017 roku sygn. akt KIO 32/17, z dnia 24 października 2017 roku sygn. akt KIO 2145/17, z dnia 11 grudnia 2018 r. o sygn. akt KIO 2491/18, z dnia 14 marca 2017 r. o sygn. akt KIO 365/17, z dnia 11 października 2019 r. o sygn. akt KIO 1930/19.

Dodatkowo Izba 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 odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany." W glosie do ww. orzeczenia TSUE M. S. (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.

Ponownie podkreślić należy, że podstaw swojego odrzucenia Odwołujący, choć mógł - w terminie, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, nie kwestionował.

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, przyznanie ochrony prawnej wykonawcy następuje w przypadku, gdy odrzucony wykonawca nie zgadzając się z decyzjami instytucji zamawiającej, dokonuje ich zaskarżenia. 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 świetle zaniechania wyczerpania dopuszczalnego ustawowo trybu odwoławczego w odniesieniu do odrzucenia jego oferty. Odwołujący bowiem w żaden sposób nie bronił własnej oferty i nie kwestionował jej odrzucenia. Powyższe jednoznacznie pozbawia odwołującego możliwości skutecznego ubiegania się o zamówienie w prowadzonym aktualnie trybie i czyni go podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania.

Niniejsza kwestia została także poruszona w orzeczeniu 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). (...). 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."

Reasumując, odwołujący nie posiada obecnie statusu wykonawcy w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji jest podmiotem nieuprawnionym do skorzystania ze środka ochrony prawnej, wobec czego odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: