

POSTANOWIENIE
z dnia 16 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**
Anna Kuszel - Kowalczyk
Rafał Malinowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 16 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2022 r. przez **ZABERD Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków**

przy udziale przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eurovia Polska S.A., ul. Irysowa 1, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce, Saferoad Grawil Sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek i R. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe Madrocar R. M., ul. Podlesie 131, 32-052 Radziszów** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **ZABERD Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław** 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 (Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze 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 – Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 poz. 2019 ze zm.) dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie w podziale na 5 części”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 września 2021 r. pod nr 2021/S 188-489406.

W dniu 2 września 2022 r. wykonawca ZABERD Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, o której Odwołujący został poinformowany dnia 23 sierpnia 2022 r. polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego i dokonaniu wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eurovia Polska S.A., Saferoad Grawil Sp. z o.o. i R. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe Madrocar R. M. (dalej: „Konsorcjum Eurovia”) oraz wobec zaniechania odrzucenia ww. oferty i unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Eurovia jako niezgodnej z warunkami zamówienia w związku z nieuwzględnieniem w wycenie wszystkich kosztów wymienionych w SST dla danej pozycji TER;
- art. 226 ust. 1 pkt 8) względnie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Eurovia, mimo iż złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty nie nosi znamion rażąco niskiej, co więcej wskazują, że kształtuje się ona poniżej kosztów realizacji zamówienia w odniesieniu do poszczególnych pozycji TER oraz art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezastosowanie przy ocenie wyjaśnień tych samych elementów, które miały odpowiednie znaczenie przy ocenie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego i wpłynęły na negatywną ocenę oferty;
- art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w odniesieniu do pozycji wyceny oferty Konsorcjum Eurovia, które wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub odbiegały znacząco od wartości szacunkowej, w szczególności pozycji z grupy prac nr 1 i 9, a także zaniechanie wezwania do doprecyzowania wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Eurovia w odniesieniu do grupy

prac odwodnienie, mimo iż nie są one w żaden sposób precyzyjne i nie potwierdzają, iż cena nie nosi znamion rażąco niskiej;

- art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego;

- art. 16 ustawy Pzp poprzez podjęcie czynności w przedmiotowym postępowaniu z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności polegające na stosowaniu odmiennych interpretacji w zakresie przesłanek odrzucenia dla ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, jak również odmiennych kryteriów oceny zarówno samych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jaki i treści tych wyjaśnień złożonych przez obu wykonawców, a także art. 74 ust. 1 w zw. z w zw. z § 5 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania, w szczególności jego istotnych dla wyboru oferty najkorzystniejszej części – niezwłocznie, co skutkuje ograniczeniem dostępu do faktycznych możliwości zaskarżenia wszelkich czynności Zamawiającego podjętych w niniejszym postępowaniu;

- art. 255 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo iż wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu;

- art. 255 pkt 6) ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie niniejszego odwołania;

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Eurovia,

- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum Eurovia i unieważnienia postępowania;

względnie

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Eurovia,

- powtórzenia czynności oceny ofert i wezwania do dalszych wyjaśnień.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, jako że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony – 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. Wobec zakreszenia przez ustawodawcę kręgu podmiotów uprawnionych do wniesienia środków ochrony prawnej, a *contrario* przyjęć należy, że 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 art. 7 pkt 30 ustawy Pzp zdefiniowane zostało pojęcie wykonawcy, którym jest 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. Jak wynika z powyższego, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pojęcie wykonawcy ewaluje, zawęża się, ostatecznie ograniczając się do wykonawcy, który zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. Niewątpliwie, status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia.

Ponad wszelką wątpliwość należy stwierdzić, że na wcześniejszym etapie postępowania Odwołujący był podmiotem objętym dyspozycją art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania, ponieważ posiadał status wykonawcy w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp.

Na skutek okoliczności faktycznych zaistniałych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący status ten utracił.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Oferta ta pierwotnie została uznana za najkorzystniejszą (czynność Zamawiającego z dnia 1 kwietnia 2022 r.). Czynność ta została zaskarżona przez innego wykonawcę odwołaniem z dnia 11 kwietnia 2022 r. Wyrokiem z dnia 17 maja 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (sygn. akt KIO 936/22, KIO 1019/22, KIO 1020/22). W dniu 23 sierpnia 2022 r. Zamawiający wykonał wyrok Izby odrzucając ofertę Odwołującego. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta

Konsorcjum Eurovia. Wyrokiem z dnia 31 sierpnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 88/22 Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił skargę wniesioną przez Odwołującego na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 1020/22.

Iza stwierdziła, że na skutek wyroku Izby z dnia 17 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1020/22 utrzymanego w mocy przez wyrok Sądu Okręgowego z dnia 31 sierpnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 88/22 czynność odrzucenia oferty Odwołującego stała się ostateczna, zaś Odwołujący utracił status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym, Odwołujący, który został ostatecznie wyeliminowany z przedmiotowego postępowania, nie posiada uprawnienia do kwestionowania dalszych czynności Zamawiającego zmierzających do zakończenia postępowania. Już treść stawianych przez Odwołującego zarzutów wskazuje na to, że celem Odwołującego nie jest doprowadzenie do wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący nie ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, jego oferta została odrzucona, a Odwołujący nie będzie mógł zawrzeć z Zamawiającym umowy o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Przysługujące Odwołującemu prawo do wniesienia skargi kasacyjnej pozostaje bez wpływu na skuteczność podejmowanych przez Zamawiającego czynności w postaci wyboru oferty Konsorcjum Eurovia jako najkorzystniejszej.

Powyższe potwierdza również orzecznictwo, m.in. 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:
.....
.....