

POSTANOWIENIE
z dnia 29 kwietnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Uczestników postępowania w dniu 29 kwietnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2021 roku przez wykonawcę Instalbud- Rzeszów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Miasto Terespol w Terespolu

przy udziale:

- a) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie BILL-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białej Podlasce (pełnomocnik) oraz J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „UBIT” Usługi Budowlane J. Ł. zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1174/21 po stronie Zamawiającego,
- b) wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjne Handlowe i Usługowe „DOMBUD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Biała Podlaska zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1174/21 po stronie Odwołującego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Polskie Linie Oceaniczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć 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.2019 r., poz. 2019 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 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pod nazwą: „Budowa wielorodzinnego budynku komunalnego w mieście Terespol”

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 grudnia 2020 r. pod numerem 775958-N-2020

Zamawiający w **dniu 14 kwietnia 2021 r.** dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i powiadomił wykonawców o odrzuceniu oferty Instalbud- Rzeszów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie tj. Odwołującego

W dniu **19 kwietnia 2021 roku** Odwołujący Instalbud- Rzeszów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie wniósł odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego:

1. zaniechania przez Zamawiającego czynności zwrócenia się do oferenta Konsorcjum: BILL-BUD Sp. z o.o. z/s w Białej Podlaskiej oraz J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „UBIT” Usługi Budowlane J. Ł. z siedzibą w Białej Podlaskiej o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub koszty, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. — Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) (dalej: PZP), pomimo tego, że:
 - a) pismem z dnia 10.02.2021r. Zamawiający wezwał do złożenia takich wyjaśnień innego oferenta (tj. Odwołującego) w przedmiotowym postępowaniu, wskazując w nim, iż przyczyną skierowania do Odwołującego takiego żądania jest fakt, iż zaoferowana cena 6.650.000,00 zł brutto jest o 18% niższa od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania, tj. wysokości 8.070.112,74 zł,
 - b) oferta złożona przez Konsorcjum: BILL-BUD Sp. z o.o. z/s w Białej Podlaskiej oraz J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „UBIT” Usługi Budowlane J. Ł. z siedzibą w Białej Podlaskiej w przedmiotowym postępowaniu, w wysokości 6.993.972,00 zł brutto, jest niższa o około 13,3% niższa od w/w wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania,
 - c) w związku z powyższym skoro Zamawiający uznał ofertę Odwołującego jako wymagającą badania pod względem tzw. rażąco niskiej ceny, to powinien w analogiczny

sposób dokonać badania oferty Konsorcjum: BILL-BUD Sp. z o.o. z/s w Białej Podlaskiej oraz J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „UBIT” Usługi Budowlane J. Ł. z siedzibą w Białej Podlaskiej, o której mowa w pkt b powyżej, jako niewiele wyższej (o około 5%) od oferty Odwołującego, co jest wymagane dla zachowania wynikającego z art. 7 ust. 1 PZP wymogu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i przede wszystkim równego traktowania wykonawców, i zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości,

d) tym bardziej, iż o okolicznościach opisanych w pkt a-c powyżej Odwołujący informował w piśmie z dnia 16.03.2021r. znak IR/444/2021 wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie prowadzonej pod sygnaturą KIO 570/21 w związku z wniesionym przez Konsorcjum: BILL-BUD Sp. z o.o. z/s w Białej Podlaskiej oraz J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „UBIT” Usługi Budowlane J. Ł. z siedzibą w Białej Podlaskiej odwołaniem z dnia 22.02.2021r. dotyczącym wyboru przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu oferty INSTALBUDRZESZÓW Sp. z o.o. z/s w Rzeszowie,

e) pismem z dnia 15.04.2021r. Odwołujący złożył do Zamawiającego zapytanie, czy ten wezwał Konsorcjum: BILL-BUD Sp. z o.o. z/s w Białej Podlaskiej oraz J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „UBIT” Usługi Budowlane J. Ł. z siedzibą w Białej Podlaskiej do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, na co pismem z dnia 19.04.2021r. Zamawiający odpowiedział, że tego nie zrobił, co w świetle opisanych wyżej okoliczności ewidentnie świadczy o nierównym traktowaniu oferentów (wykonawców) i niezachowaniu zasad proporcjonalności i przejrzystości postępowania.

2. zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Konsorcjum: BILL-BUD Sp. z o.o. z/s w Białej Podlaskiej oraz J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „UBIT” Usługi Budowlane J. Ł. z siedzibą w Białej Podlaskiej, pomimo tego że:

a) oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia, o czym świadczy fakt, iż oferta ta była niższa o około 13,3% od wartości zamówienia określonej przed wszczęciem postępowania (co szerzej opisano w pkt lb powyżej) oraz fakt, iż jest ona tylko o około 5% droższa od oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez INSTALBUDRZESZÓW Sp. z o.o. z/s w Rzeszowie, którą to ofertę uznano za zawierającą rażąco niską cenę (co szerzej opisano w pkt lc powyżej),

b) gdyby Zamawiający przeprowadził merytoryczne badanie w/w oferty zgodnie z art. 90 ust. 1 PZP najprawdopodobniej wyszłaby na jaw jej niezgodność z projektami budowlanymi i wykonawczymi, przedmiarami robót oraz STWiORB, co stanowiłoby podstawę jej

odrzućenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

c) gdyby Zamawiający przeprowadził merytoryczne badanie w/w oferty zgodnie z art. 90 ust. 1 PZP najprawdopodobniej wyszłyby na jaw jej błędy w obliczeniu ceny lub koszty w związku z nieuwzględnieniem w cenie kosztów wymaganych w SIWZ (w tym projektów budowlanych i wykonawczych, przedmiarów robót oraz STWiORB), do stanowiłyby podstawę odrzućenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP.

3. czynności wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez oferty Konsorcjum: BILL-BUD Sp. z o.o. z/s w Białej Podlaskiej oraz J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „UBIT” Usługi Budowlane J. Ł. z siedzibą w Białej Podlaskiej jako najkorzystniejszej pomimo tego, że:

- a) oferta ta powinna była zostać odrzućona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP;
- b) oferta ta prawdopodobnie powinna była zostać odrzućona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub 6 PZP, co wyszłyby na jaw gdyby Zamawiający dokonał jej badania zgodnie z art. 90 ust. 1 PZP (o czym szerzej w pkt 2 b i c powyżej);
- c) wybór tej oferty skutkował będzie udzieleniem zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy PZP (art. 7 ust. 3 PZP), w związku z naruszeniem przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 PZP, tj. zasad zachowania uczciwej konkurencji i przede wszystkim równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości, poprzez działania i zaniechania Zamawiającego opisane w pkt 1 i 2 powyżej, w tym skutkujące ograniczeniem praw Odwołującego.

4. zaniechania przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP, pomimo tego, że:

- a) Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego,
- b) Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Konsorcjum: BILL-BUD Sp. z o.o. z/s w Białej Podlaskiej oraz J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „UBIT” Usługi Budowlane J. Ł. z siedzibą w Białej Podlaskiej w związku z okolicznościami opisanymi w pkt 2 powyżej,
- c) w rezultacie czego jedyną ofertą złożoną w tym postępowaniu, która nie zostałaby odrzućona, byłaby oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Produkcyjne Handlowe i Usługowe „Dombud” Sp. z o.o. z/s w Białej Podlaskiej na kwotę brutto 7.473.081,03 zł, która to wartość przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na wykonanie zadania (7.455.408,14 zł brutto, jak wynika z Informacji z sesji otwarcia ofert z dnia 01.02.2021r.),

d) o czym Odwołujący informował w piśmie z dnia 16.03.2021r. znak IR/444/2021 wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie prowadzonej pod sygnaturą KIO/570/21 w związku z wniesionym przez Konsorcjum: BILL-BUD Sp. z o.o. z/s w Białej Podlaskiej oraz J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „UBIT” Usługi Budowlane J. Ł. z siedzibą w Białej Podlaskiej odwołaniem z dnia 22.02.2021r. dotyczącym wyboru przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu oferty INSTALBUD-RZESZÓW Sp. z o.o. z/s w Rzeszowie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 90 ust. 1 PZP wobec zaniechania przez Zamawiającego badania (w szczególności zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień) oferty Konsorcjum: BILL-BUD Sp. z o.o. z/s w Białej Podlaskiej oraz J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „UBIT” Usługi Budowlane J. Ł. z siedzibą w Białej Podlaskiej
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP wobec zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum: BILL-BUD Sp. z o.o. z/s w Białej Podlaskiej oraz J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „UBIT” Usługi Budowlane J. Ł. z siedzibą w Białej Podlaskiej jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP wobec zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum: BILL-BUD Sp. z o.o. z/s w Białej Podlaskiej oraz J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „UBIT” Usługi Budowlane J. Ł. z siedzibą w Białej Podlaskiej jako oferty której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP wobec zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum: BILL-BUD Sp. z o.o. z/s w Białej Podlaskiej oraz J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „UBIT” Usługi Budowlane J. Ł. z siedzibą w Białej Podlaskiej jako oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
- 5) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy PZP wobec dokonania wyboru oferty Konsorcjum: BILL-BUD Sp. z o.o. z/s w Białej Podlaskiej oraz J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „UBIT” Usługi Budowlane J. Ł. z siedzibą w Białej Podlaskiej, która podlegała odrzuceniu;
- 6) naruszenie art. 7 ust. 1 PZP wobec prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji a w szczególności równego traktowania wykonawców ani zasad proporcjonalności i przejrzystości;
- 7) naruszenie art. 7 ust. 3 PZP wobec udzielenia zamówienia przez Zamawiającego wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy PZP;
- 8) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP wobec nieunieważnienia przez Zamawiającego postępowania pomimo iż cena najkorzystniejszej (po odrzuceniu oferty Konsorcjum: BILL-

BUD Sp. z o.o. z/s w Białej Podlaskiej oraz J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „UBIT” Usługi Budowlane J. Ł. z siedzibą w Białej Podlaskiej) oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum: BILL-BUD Sp. z o.o. z/s w Białej Podlaskiej oraz J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „UBIT” Usługi Budowlane J. Ł. z siedzibą w Białej Podlaskiej
- b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- c) zbadania oferty złożonej przez Konsorcjum: BILL-BUD Sp. z o.o. z/s w Białej Podlaskiej oraz J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „UBIT” Usługi Budowlane J. Ł. z siedzibą w Białej Podlaskiej na podstawie art. 90 ust. 1 PZP, przy czym w świetle oświadczeń Zamawiającego o jego braku dostatecznej wiedzy merytoryczno-technicznej, badanie takie winno być przeprowadzone przy udziale posiadającego odpowiednią wiedzę merytoryczno-techniczną rzeczoznawcy (analogicznie do przeprowadzonego uprzednio badania oferty INSTALBUD-RZESZÓW Sp. z o.o. z/s w Rzeszowie;
- d) odrzucenia oferty Konsorcjum: BILL-BUD Sp. z o.o. z/s w Białej Podlaskiej oraz J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „UBIT” Usługi Budowlane J. Ł. z siedzibą w Białej Podlaskiej;
- e) unieważnienia postępowania.

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 14 kwietnia 2021 roku** *Zawiadomienie o wyborze oferty dot. przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Budowa wielorodzinnego budynku komunalnego w mieście Terespol”* oferta Instalbud- Rzeszów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1

pkt 4 ustawy z uwagi na rażąco niską cenę i niewłaściwe wyjaśnienia w tym zakresie, w szczególności stanowisko Odwołującego i samego zainteresowanego (Wykonawcy) w postępowaniu odwoławczym przez Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. akt KIO 570/21).

Okoliczność ta została również potwierdzona przez samego Odwołującego w treści odwołania, gdzie jednoznacznie podaje, że oferta Odwołującego została odrzucona.

Z treści odwołania wynika w sposób jednoznaczny, że Odwołujący nie kwestionował czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący nie kwestionując czynności odrzucenia jego oferty dąży do unieważnienia postępowania – co wynika z wniosku jaki złożył oraz stanowiska jakie zawarł w części uzasadnienia interesu we wniesieniu odwołania.

Izba stwierdziła, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 528 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.) 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 z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej „ustawy”), 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 (w tym też ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku zgodnie z art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2021 roku przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych) 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. 469 pkt 15 ustawy Pzp 2019 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.

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, 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 postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego unieważnione. 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 dokonaną przez Zamawiającego.

Wymaga odnotowania w tym miejscu, że Odwołujący status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym niewątpliwie posiadał (złożył ofertę, ubiegał się o zamówienie), to jednak, w wyniku czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty, której to czynności Odwołujący tym razem nie zakwestionował (przez podniesienie w ramach tego

dowolania 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.

Podobnie stanowisko Izba wyraziła w postanowieniu z dnia 18 marca 2021 roku sygn. akt KIO 727/21.

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 zostać odrzucona. W głosie do ww. orzeczenia TSUE Małgorzaty Sieradzkiej (LEX/el. 2017) - 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.

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 Donaauraum AG (WED), ECLI:EU:C:2003:359), potwierdza powyższą tezę, bowiem 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.

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

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: