

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 30 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 30 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2021 r. przez **Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie Sp. z o.o., os. Złotej Jesieni 1, 31-826 Kraków**

**orzeka:**

1. odrzuca odwołania,
2. kosztami postępowania obciąża **Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** na rzecz **Szpitala Specjalistycznego im. Ludwika Rydygiera w Krakowie Sp. z o.o., os. Złotej Jesieni 1, 31-826 Kraków** kwotę **3 870 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenia.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) 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

W odniesieniu do zadania 1 przetargu nieograniczonego, prowadzonego przez Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie Sp. z o.o., 31-826 Kraków, os. Złotej Jesieni 1 (dalej zamawiający), ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S062-156530 z dnia 30 marca 2021 r. spółka Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa (dalej „Fresenius”) złożyła odwołanie wobec zaniechania i czynności zamawiającego, tj.:

1. zaniechania wykonania żądań Fresenius jako odwołującego w sprawach o sygn. akt KIO 1341/21 i KIO 1474/21 pomimo uwzględnienia zarzutów odwołania w całości,
2. unieważnienia przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) (dalej „ustawa Pzp”) pomimo, że wskazana przez zamawiającego wada postępowania była możliwa do usunięcia na tym etapie postępowania, jak również nie była wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Fresenius zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 522 ust. 1, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania, poprzez:
  - niewykonanie żądań Fresenius sformułowanych w sprawie o sygn. akt KIO 1341/21 pomimo uwzględnienia odwołania w całości, co skutkowało umorzeniem postępowania,
  - pozorne uwzględnienie żądania sformułowanego w sprawie o sygn. akt KIO 1474/21 w zakresie żądania unieważnienia niezgodnej z prawem czynności unieważnienia postępowania, a następnie unieważnienie postępowania w celu doprowadzenia do umorzenia postępowania,
2. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 255 ust. 6, tj. zasady uczciwej konkurencji, poprzez unieważnienie postępowania wskazując, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego pomimo, że na tym etapie postępowania możliwym jest konwalidacja postępowania zarówno co do treści SWZ jak i ogłoszenia,
3. art. 16 pkt 2 w zw. z art. 240, poprzez opisanie kryteriów oceny ofert innych niż cena w sposób niezrozumiały, niejasny, za pomocą niedookreślonych sformułowań, co skutkuje pozostawieniem zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty najkorzystniejszej jak również uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach,

4. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 240, poprzez określenie kryteriów oceny ofert innych niż cena, tworząc warunki preferencyjne dla konkretnego produktu wykonawcy Braun w sposób nieuzasadniony potrzebami zamawiającego,
5. art. 17 ust. 1 w zw. z art. 240, poprzez określenie kryteriów oceny ofert w sposób niezmierny do wyboru oferty gwarantującej najlepszą jakość dostawy, bowiem zamawiający dokonał doboru kryteriów oceny ofert z zamiarem ograniczenia konkurencji, posługując się wyłącznie różnicami pomiędzy opakowaniami produktów leczniczych oferowanych przez Fresenius i jego konkurenta Braun, bez uwzględnienia okoliczności faktycznych i potrzeb wynikających z zasad stosowania plynoterapii.
6. oraz art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 522 ust. 1 ustawy Pzp, tj. nadużycie prawa podmiotowego, poprzez uwzględnienie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1474/21 w całości w celu umorzenia postępowania odwoławczego i z zamiarem pozbawienia Fresenius możliwości uzyskania prawomocnego wyroku, a tym samym pozbawienia możliwości wszczęcia postępowania egzekucyjnego w przypadku niewykonania tenoru wyroku,

Fresenius wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. modyfikacji treści SWZ w zakresie części i w sposób wskazany przez Fresenius,
3. wyznaczenia nowego terminu składania i otwarcia ofert,
4. zmiany, w zakresie, w jaki sposób zmiana SWZ skutkuje taką koniecznością, ogłoszenia.

Na podstawie dokumentacji, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 21 lipca 2021 r. oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane na posiedzeniu, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2) ustawy Pzp, zgodnie z którym *„Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...) 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.*

Zgodnie z art. 505 ust. 1 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 zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów

niniejszej ustawy, z zastrzeżeniem, że wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia przysługują one również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy Pzp oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorstw.

Powyższe oznacza, że 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. 528 pkt 2) ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 6 pkt 30) ustawy Pzp wykonawca to osoba fizyczna, osoba prawna albo 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 publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

W dotychczas obowiązującej ustawie Prawo zamówień publicznych wykonawca definiowany był niemal identycznie [art. 2 pkt 11) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), tj. przez wykonawcę należało 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.

Przytoczone definicje legalne pojęcia „wykonawcy” odwołują się do poszczególnych etapów postępowania o udzielenie zamówienia, zawężając krąg podmiotów mogących posiadać status wykonawcy w miarę kolejnych etapów. W przypadku etapu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, który ma miejsce po upływie terminu składania ofert, lecz przed zawarciem umowy, status wykonawcy może posiadać wyłącznie podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu, a w przypadku postępowania podzielonego na części – wyłącznie podmiot, który złożył ofertę w danej części zamówienia.

Jak wynika tak z art. 6 pkt 30) ustawy Pzp, jak i art. 2 pkt 11) ustawy dotychczas obowiązującej, status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia. Po upływie terminu składania ofert status wykonawcy przysługuje temu podmiotowi (osobie), który złożył ofertę.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego (Specyfikacja warunków zamówienia po modyfikacji – rozdział III pkt III oraz pismo zamawiającego z dnia 5 lipca 2021 r. *Oświadczenie o unieważnieniu postępowania*) skład

orzekający Izby ustalił, że wyznaczony przez zamawiającego termin składania ofert w unieważnionym 5 maja 2021 r. postępowaniu upływał 6 maja 2021 r.

6 maja 2021 r. to kluczowa data dla oceny statusu odwołującego się 15 lipca 2021 r. podmiotu ze względu na ww. definicję legalną wykonawcy i konieczność czynnego uczestnictwa w postępowaniu dla zachowania statusu wykonawcy po terminie składania ofert.

Przyjmując perspektywę Fresenius (nieważność czynności unieważnienia postępowania) winien on złożyć ofertę w wyznaczonym terminie, tj. do 6 maja 2021 r., co gwarantowałyby mu utrzymanie statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skład orzekający Izby zauważa przy tym, że gdyby Fresenius złożył ofertę w wyznaczonym przez zamawiającego terminie to byłaby to druga oferta w postępowaniu (ofertę, jak wskazał zamawiający na posiedzeniu, złożył Braun), co oznaczałoby szansę Fresenius na uzyskanie zamówienia.

Przyjmując natomiast perspektywę zamawiającego (zasadne unieważnienie postępowania), Fresenius, który posiadał status wykonawcy na wcześniejszym etapie postępowania (do upływu terminu składania ofert) status ten utracił, ponieważ status ten przysługuje wyłącznie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro jednak przyjąć, że postępowanie to zakończyło się 5 maja 2021 r. to tak jak zakończył się „był” postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tak zakończył się „był statusu” Fresenius jako wykonawcy tego postępowania.

Skład orzekający Izby stwierdził zatem, że Fresenius nie posiada statusu wykonawcy w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji jest podmiotem nieuprawnionym do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Wobec powyższego odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2) ustawy Pzp, gdyż zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

O kosztach postępowania odwoławczego skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 557 i 575 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:** .....