

Sygn. akt: KIO 3015/23

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 20 października 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 20 października 2023 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2023 r. przez Odwołującego – **D. K. prowadzącego działalność pod firmą AQUATEAM D. K.**, Paulinowo 123, 05-190 Nasielsk w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Uniwersytet Zielonogórski**, ul. Licealna 9, 65-417 Zielona Góra

przy udziale

Wykonawcy – **Hydratec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Por. Anatola Radziwonika 12, 15-166 Białystok

**postanawia:**

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – D. K. (AQUATEAM D. K.) i 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. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2023, poz. 1605) 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 postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym na podstawie przez Zamawiającego – Uniwersytet Zielonogórski w Zielonej Górze na *Przebudowę, termomodernizację i dostosowanie ppoż kompleksu budynków DZ. Vicewersal* (nr sprawy: RA-ZP.2612.19.2023), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych 28 sierpnia 2023 r. nr 2023/BZP 00370177, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wniesione zostało 10 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy D. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AQUATEAM D. K. (sygn. akt KIO 3015/23) zwana dalej Odwołującym.

W odwołaniu zarzuty odnoszą się do czynności badania i wyboru oferty najkorzystniejszej z żądaniem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwania wykonawcy Hydratec Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień ceny i ponownej oceny ofert. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 239 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy, której cena wydaje się rażąco niska, a który to wykonawca nie został wezwany do złożenia wyjaśnień oraz art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Hydratec Sp. z o.o. do wyjaśnienia zaoferowanej ceny w zakresie możliwości wykonania zamówienia w sposób zgodny z warunkami zamówienia.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym bez udziału stron w dniu 20.10.2023 r., Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zachodzi przesłanka do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako Ustawa).

Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że *odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony*.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 Ustawy *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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*.

Odwołujący w odwołaniu wskazał, iż nie ma statusu wykonawcy, a to w związku z tym, iż nie złożył oferty z przyczyn od niego niezależnych, a prawo do wniesienia odwołania wywodzi z prawa przyznanego „innym podmiotom” do korzystania z środków ochrony prawnej.

W ocenie składu orzekającego KIO, Odwołujący nie mógł powołać się na status „innego podmiotu. Któremu przepisy Ustawy przyznają prawo do wniesienia odwołania. Kategoria

„innych osób”, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, obejmuje – jak wskazuje się w orzecznictwie - potencjalnych wykonawców, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. akt XII Ga 92/12). Stanowisko to podtrzymane zostało również w aktualnym orzecznictwie, już po zmianie Ustawy, między innymi w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 24.02.2022 r., sygn. akt KIO 424/22.

*W przywołanym orzeczeniu wskazano, iż „Pojęcie „wykonawcy” zostało przez ustawodawcę zdefiniowane w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp (...) Przytoczona definicja legalna pojęcia „wykonawcy” odwołuje się do poszczególnych etapów postępowania o udzielenie zamówienia, przy czym krąg podmiotów mogących posiadać status wykonawcy ulega zawężeniu w miarę przechodzenia do kolejnego etapu. W przypadku etapu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, który ma miejsce po upływie terminu składania ofert (do zawarcia 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. Złożenie odwołania przez podmiot nieposiadający statusu wykonawcy oznacza złożenie odwołania przez podmiot do tego nieuprawniony, co stanowi podstawę odrzucenia tego środka ochrony prawnej wskazaną przez ustawodawcę w art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko było wielokrotnie prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. postanowienie z dnia 29 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2701/17)”.*

Również w orzecznictwie Sądu Zamówień Publicznych prawo do korzystania z środków ochrony prawnej powiązane jest z ustaleniem statusu wykonawcy, również w sytuacji, gdy podmiot składający odwołanie nie złożył oferty i kwestionuje czynności zamawiającego podjęte w tym postępowaniu (tak w wyroku S.O sygn. akt XXIII Zs 115/22). Sytuacja wnoszącego odwołanie, który nie złożył oferty, a następnie kwestionuje czynności podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zrównana jest z sytuacją podmiotu, który utracił status wykonawcy na skutek zdarzeń prowadzących do skutecznego odrzucenia oferty. W obu tych przypadkach, brak jak i utrata statusu wykonawcy oznacza, iż takim podmiotom nie przysługują środki ochrony prawnej przed czynnościami zamawiającego podejmowanymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym nie brali lub przestali brać czynny udział, składając ważną ofertę

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Na podstawie § 5 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. poz.2437) Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 10.000 zł.

**Przewodniczący:** .....