

Sygn. akt: KIO 1708/19

## POSTANOWIENIE

z dnia 10 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 10 września 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2019 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane INSBUD Krzesińscy Sp. j. z siedzibą w Skierniewicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Maków z siedzibą w Makowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Grupa EKOENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach i Woj.-Art. Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

### postanawia:

1. **odrzuca odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane INSBUD K. Sp. j. z siedzibą w Skierniewicach**, i:
  - 2.1. 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. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Gmina Maków (dalej: „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) - dalej: „ustawa Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa hali sportowej w Makowie - dokończenie”, znak sprawy: RI.271.3.2019 (dalej „postępowanie”). Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 kwietnia 2019 r. nr 541820-N-2019. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego.

Zamawiający w dniu 27 czerwca 2019 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, złożonej przez Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „INSBUD” K. Sp. j. z siedzibą w Skierniewicach (dalej: „INSBUD” lub „odwołujący”). W dniu 2 lipca 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Grupa Ekoenergia Sp. z o.o., Woj-Art. Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach (dalej jako: „przystępujący”), wnieśli odwołanie wskazując, iż dotyczy ono niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu, tj.: czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę INSBUD, zaniechania czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy, zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako oferty najkorzystniejszej. Przystępujący zarzucił wówczas zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp; art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp w związku z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp; art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) – dalej „UZNK”; art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z 17 lipca 2019 r. (sygn. akt KIO 1255/19) uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórnego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez INSBUD.

Zamawiający, wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2019 r. o sygn. akt KIO 1255/19, ponownie dokonał badania i oceny ofert w tym, zgodnie z sentencją cytowanego orzeczenia, odrzucił ofertę INSBUD oraz dokonał ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wybierając ofertę przystępującego. O dokonaniu tych czynności poinformował pismem z 28 sierpnia 2019 r. Z niniejszym wyborem nie zgodził się odwołujący, wnosząc odwołanie w dniu 2 września 2019 r., od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegających na: zaniechaniu wykluczenia z udziału w postępowaniu i zaniechaniu czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 w zw. z art. 36b ust. 1 i art. 82 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego mimo, że treść złożonej przez niego oferty nie odpowiada treści SIWZ i ustawy Pzp;
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12), art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, podlegającego wykluczeniu z postępowania;
3. art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wybranie oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej;
4. art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania wobec przystępującego, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, spełnia warunki udziału w postępowaniu, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i wybranie oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej;
5. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i niedokonanie przez zamawiającego unieważnienia postępowania w sytuacji kiedy oferta przystępującego powinna zostać odrzucona, a pozostałe oferty nie podlegały ocenie przez zamawiającego;
6. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 144 ust. 1 pkt 1 i pkt 5, ust. 1e i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na wadę postępowania, uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, albowiem zawarcie umowy wymagałoby zmiany terminu pośredniego realizacji zamówienia, która to zmiana nie została przewidziana przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ, oraz która to zmiana miałaby istotny wpływ na postępowanie w rozumieniu art. 144 ust. 1 e ustawy Pzp;
7. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, poprzez błędną ocenę oferty przystępującego i uznanie jej za zgodną z treścią SIWZ i zaniechanie odrzucenia oferty

przystępującego, gdy treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ, nie zawiera bowiem - wbrew nałożonemu obowiązkowi - wskazania zakresu przedmiotu zamówienia, który wykonawca zamierza powierzyć do realizacji przez wymienionego w ofercie podwykonawcę, w sytuacji, gdy ten podwykonawca będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia;

8. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, a w konsekwencji dokonanie czynności sprzecznej z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu aby zgodnie z przepisami prawa: unieważnił czynność wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, wykluczył tego wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12), art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp oraz odrzucił jego ofertę z uwagi na wykluczenie tego wykonawcy z postępowania, względnie aby odrzucił ofertę jako niezgodną z treścią SIWZ i ustawą Pzp oraz stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wniósł także o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

Powyższe okoliczności Izba ustaliła na podstawie treści złożonego odwołania a także dokumentacji przedmiotowego postępowania, przekazanej przez zamawiającego w dniu 9 września 2019 r., w formie kserokopii poświadczonych za zgodność z oryginałem.

Zamawiający, w dniu 3 września 2019 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego przystąpili, w dniu 6 września 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Grupa EKOENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach i Woj.-Art. Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach, zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W ocenie Izby odwołanie to, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony, podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Z kolei zgodnie z art. 179 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 danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, 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. Oznacza to, 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. Izba zobligowana jest z urzędu zbadać czy w danej sprawie zachodzą przesłanki opisane w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujące odrzuceniem odwołania. Z kolei odwołanie wniesione przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Definicję wykonawcy wprowadza art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Zgodnie z nim za wykonawcę uważa się 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. Zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odwołujący podnosił, że złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia, tymczasem dostrzeżenia wymaga, że w wyniku wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2019 r. o sygn. akt KIO 1255/19, zamawiający ponownie dokonał czynności badania i oceny ofert i odrzucił ofertę odwołującego. Tym samym odwołujący przestał być czynnym uczestnikiem postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Jak wynika z kolei z treści art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z możliwością wykonania zamówienia, o które się ubiega.

Wymaga podkreślenia, że odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie nie kwestionuje faktu odrzucenia jego oferty, nie formułuje bowiem w tym zakresie żadnych zarzutów. Zapewne odwołujący zdawał sobie sprawę, że czynność ta może być kwestionowana jedynie na drodze złożenia skargi do właściwego miejscowo sądu okręgowego, co odwołujący uczynił (potwierdzenie złożenia i nadania skargi do Sądu Okręgowego w Łodzi stanowi załącznik nr 10 do odwołania). Odwołujący wprawdzie dał wyraz w treści odwołania, że nie zgadza się z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, nakazującym odrzucenie jego oferty, jednakże sama czynność odrzucenia, zrealizowana przez zamawiającego zgodnie z sentencją wyroku jest prawidłowa, a odrzucenie oferty należy uznać za skuteczne i ostateczne.

Izba podziela poglądy zawarte w licznych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, że tak wykonawcy wykluczeni z postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na pierwszym jego etapie, nie mogą być uznawani za wykonawców czynnie uczestniczących w tym postępowaniu na jego kolejnym etapie, tj. składania ofert, tak też podmiot, którego oferta została przez zamawiającego odrzucona, a czynność ta nie została zaskarżona w odpowiednim terminie, również nie może za takiego czynnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia (wykonawcę) być uważany. Podmioty te mimo, że na wcześniejszych etapach były wykonawcami uczestniczącymi w postępowaniu, to we wskazanych tu przypadkach, za wykonawców uznane już być nie mogą - utraciły one bowiem ten status na skutek określonych czynności podjętych przez zamawiającego i niezaskarżenia tych czynności w przepisany prawem terminie. Są one wykonawcami jedynie w ujęciu historycznym, w zamkniętych ramach czasowych, których cezurą końcową jest skuteczne (niezaskarżalne) ich wykluczenie z udziału w postępowaniu lub odrzucenie złożonej przez nich oferty (tak między innymi w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie sygn. akt KIO 2288/13, w sprawie sygn. akt KIO 1500/13, w sprawie sygn. akt KIO 1794/17).

W okolicznościach niniejszej sprawy mamy do czynienia z sytuacją, gdy odwołujący, w wyniku wydanego przez Izbę orzeczenia, nakazującego odrzucenie jego oferty, utracił status czynnego uczestnika postępowania – wykonawcy. W konsekwencji też odwołujący utracił możliwość wnoszenia innych odwołań w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia. Czynność ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej jest, w tym przypadku, czynnością realizowaną przez zamawiającego, w wykonaniu sentencji zapadłego wyroku. Odwołujący, którego oferta została odrzucona na skutek wykonania wyroku Izby ma uprawnienie jedynie do zaskarżenia zapadłego wyroku, nie może jednak kwestionować powtórzonej przez zamawiającego czynności.

Należy zauważyć, że zgodnie z przepisem art. 185 ust. 6 ustawy Pzp odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 tegoż artykułu do przystąpienia do postępowania odwoławczego, nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby. Ustawodawca, w sposób jednoznaczny wykluczył zatem możliwość ponownego odwoływania się wobec czynności dokonanych przez zamawiającego w wykonaniu wyroku Izby. Czynność taka nie może zatem zostać podważona na drodze wniesienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej kolejnego odwołania wobec tej właśnie czynności, już bowiem z samego faktu jej dokonania w wykonaniu wyroku Izby staje się ona niezaskarżalna. Odwołujący wydaje się być świadom tego faktu, nie podnosi bowiem w treści odwołania zarzutów co do odrzucenia jego oferty. Wskazuje jednak, że powtórzona przez zamawiającego czynność została wykonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp,

kwestionując prawidłowość czynności, którą zamawiający zrealizował zgodnie z nakazaną przez Izbę sentencją.

Wyrok Izby, stanowiący podstawę dokonania takich powtórzonych czynności, może zostać zaskarżony przez strony i uczestników postępowania odwoławczego (tak też się stało w przedmiotowym stanie faktycznym, co oświadczył odwołujący, załączając do odwołania stosowne potwierdzenie), jednakże samej czynności zamawiającego, o której tu mowa, podmioty wezwane wcześniej do przystąpienia do postępowania odwoławczego kwestionować już nie mogą. Przepisy ustawy Pzp w zakresie, w jakim regulują środki ochrony prawnej stanowią, w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, że zamawiający nie może zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Żaden przepis ustawy Pzp nie nakazuje jednak powstrzymania się przez zamawiającego z wykonaniem czynności nakazanych w zapadłym wyroku w przypadku, gdy wyrok taki zostanie zaskarżony. Tym samym ustawodawca przewidział, że zamawiający będzie podejmował dalsze działania, które zmierzały będą do wyłonienia wykonawcy w danym postępowaniu. Często bowiem kluczowe dla sukcesu danego postępowania przetargowego jest wyłonienie wykonawcy w odpowiednim terminie, zawarcie umowy i realizacja przedmiotu zamówienia. Ważne zatem jest, aby zamawiający miał możliwość dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, a co za tym idzie, wcześniejszego przeprowadzenia badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. W takim przypadku jest on zatem zobowiązany również do odrzucenia ofert, które zgodnie z przepisami ustawy Pzp, na mocy zapadłego orzeczenia winny zostać odrzucone, dokonania ponownej oceny ofert, która to ocena jest rezultatem odrzucenia oferty wykonawcy i dokonania wyboru oferty, zgodnie z obowiązującymi przepisami. Co należy podkreślić wszystkie te czynności zamawiający jest władny podejmować niezależnie od toczącego się postępowania skargowego.

Równie istotnym dla możliwości dokonania tych czynności przez zamawiającego jest fakt, że wykonawca, którego oferta została odrzucona w wykonaniu wyroku Izby, na mocy przepisów ustawy Pzp nie został wyposażony w uprawnienie do kwestionowania tej czynności na drodze wniesienia nowego odwołania. Racjonalny ustawodawca przewidział bowiem, że taki wykonawca pomimo, że nie ma już realnej możliwości uzyskania zamówienia, mógłby wnosić środki ochrony prawnej jedynie w celu przedłużania trwającego postępowania. Pozbawienie takiego wykonawcy, z mocy prawa, możliwości odwołania się wobec czynności, które zostały wykonane zgodnie z sentencją wyroku oraz utrata przez ten podmiot statusu czynnego uczestnika – wykonawcy, jest zatem celowe i racjonalne.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że odwołujący, którego oferta została odrzucona w wykonaniu wyroku Izby, nie mógł, na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia zostać uznany za podmiot uprawniony do wniesienia odwołania. Skoro nie był on uprawniony do wniesienia odwołania wobec czynności, której dokonanie wyłączyło odwołującego z grona podmiotów czynnie biorących udział w postępowaniu, nie mógł on tym samym (nie będąc wykonawcą czynnie uczestniczącym w tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia) kwestionować również innych decyzji zamawiającego, podejmowanych po odrzuceniu złożonej przez niego oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż rozpoznawane odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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 (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:** .....