

Postanowienie
z dnia 7 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 7 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SIMA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Słupsku, A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą TECH-BUD Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe A. K., Swochowo** oraz **Przedsiębiorstwo Instalacji i Konstrukcji INSTALEX M. Z. Sp. j. z siedzibą w Słupsku** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowe Muzeum Morskie w Gdańsku**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **POLEKO BUDOWNICTWO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** oraz **M. A. i R. A. działający w ramach spółki cywilnej pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMEX” s.c. R. A. i M. A.** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **odwołującego** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.1. zasądza od **odwołującego** na rzecz **zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 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:

Zamawiający: Narodowe Muzeum Morskie w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Budowa Muzeum Archeologii Podwodnej i Rybołówstwa Bałtyckiego w Łebie- etap II, znak sprawy ZP/27-6/PN/2021, Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2021/S 148-392851

Odwołujący : Konsorcjum firm wskazane w sentencji orzeczenia, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w postaci wyboru w dniu 12 stycznia 2022 roku jako oferty najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum firm – przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

I. art. 226 ust. 1 pkt 2 b i c w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 i z art. 112 ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 i art. 126 ust. 1 ustawy PZP przez zaniechanie wezwania Konsorcjum POLEKO do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do osoby skierowanej do realizacji zamówienia dla stanowiska kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, oraz w odniesieniu do osoby skierowanej do realizacji zamówienia dla stanowiska kierownika robót elektrycznych i energetycznych, pomimo, że skierowana przez Konsorcjum POLEKO osoba nie spełnia warunków określonych w SWZ.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum POLEKO.

Pismem z 27 października 2021 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Konsorcjum SIMA. Od powyższej czynności 8 listopada 2021 r. Konsorcjum POLEKO wniósł odwołanie. Do postępowania przystąpiło Konsorcjum SIMA. 17 listopada 2021 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie, przystępujący SIMA wniósł sprzeciw. Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z 3 grudnia 2021 r., w sprawie KIO 3300/21 w części umorzyła postępowanie, w części uwzględniła zarzuty i nakazała odrzucenie oferty Konsorcjum SIMA, a w pozostałym zakresie odwołanie oddaliła. Wskutek wyroku dnia 6 grudnia 2021 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Następnie uzasadnienie wyroku zostało doręczone Konsorcjum SIMA w dniu 30 grudnia 2021 r., a więc termin na wniesienie odwołania do Sądu Okręgowego w Warszawie upływał Konsorcjum SIMA w dniu 13 stycznia 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej 12 stycznia 2022 r., a więc jeszcze przed upływem terminu dla Konsorcjum SIMA na wniesienie odwołania do sądu powszechnego. Termin na wniesienie odwołania od wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanego przez Zamawiającego upływał w dniu 24 stycznia 2022 roku.

Odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem w pierwotnym postępowaniu jego oferta wybrana jako najkorzystniejsza. W takiej sytuacji uznać należy, w przypadku odrzucenia oferty POLEKO, za względu na fakt, iż w postępowaniu nie ma złożonych innych ofert będzie ono podlegało unieważnieniu, a tym samym Konsorcjum SIMA będzie miało możliwość ponownie przystąpić do postępowania przetargowego, jeśli Zamawiający je ogłosi. Tym samym na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum POLEKO i w konsekwencji wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, Odwołujący ponosi szkodę, gdyż nie ma możliwości wzięcia udziału w przetargu prowadzonym zgodnie z przepisami. Podkreślić w tym kontekście należy również stanowisko linii orzeczniczej. W wyroku z 27.12.2017 KIO 2509/17, wskazano, że „(.. wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia odwołania byłoby unieważnienie postępowania. W orzeczeniu wydanym w sprawie C-689/13 (odwołującym się do wcześniejszego orzeczenia wydanego w sprawie C-100/12) Trybunał Sprawiedliwości UE wyraził pogląd, że wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia takiego środka miałyby być unieważnienia postępowania. Trybunał uznał, że wówczas wykonawcy mogą ubiegać się o zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu, w którym każdy z oferentów mógłby wziąć udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Istota tego poglądu sprowadza się do utożsamiania zamówienia publicznego, jako umowy na określony przedmiot, przy przyjęciu, że uzyskanie tego zamówienia w tym postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, ma charakter wtórny”. Z kolei TS w wyr. z I I .5.2017 r. (Archus sp. z o.o. i Gama J. L. v. Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo SA, C-131/16, Legalis) wskazał, że pojęcie „dane zamówienie”, które użyte było w ZamPubIU04, może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tak też należy je odczytywać na gruncie ZamPubIU, z tym jednak zastrzeżeniem, że pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia nie należy interpretować jako bezwzględnego prawa określonego podmiotu do kwestionowania działań lub zaniechań zamawiającego (w szczególności żądania unieważnienia postępowania) w sytuacji, gdy podmiot ten utracił status wykonawcy z uwagi na skuteczne (ostateczne) wykluczenie z postępowania lub odrzucenie jego oferty. Jak podkreślił TS w motywie 33 wyr. z 21.12.2016 r. (Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich v. Universität flir Bodenkultur Wien, C-355/15, Legalis), art. 1 ust. 3 ww. dyrektywy Rady 89/665/EWG „należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i

wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna być zostać odrzucona”.

Przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca – konsorcjum Poleko. Wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego przez podmiot, który utracił status wykonawcy.

Wskazał na poparcie wniosku okoliczności faktyczne wskazane w odwołaniu i podkreślił, że wyrok KIO 3300/21 nie został zaskarżony przez Konsorcjum SIMA skargą do Sądu Zamówień Publicznych. 6 grudnia 2021 roku Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanej w dniu 27 października 2021 roku.

Ponowna ocena ofert doprowadziła do wyboru oferty Konsorcjum Poleko, o czym poinformowano dnia 12 stycznia 2022 roku. Od tej czynności Zamawiającego odwołanie wniesione zostało wniesione przez Konsorcjum Sima w niniejszej sprawie.

Zamknięty katalog przesłanek, których stwierdzenie uzasadnia odrzucenie odwołania, zawarto w artykule 528 pzp. Jedną z nich, w punkcie 2, jest wniesienie odwołania przez podmiot nieuprawniony.

Przesłanka ta czyni koniecznym sięgnięcie do przepisów ogólnych, działu poświęconego środkom ochrony prawnej, gdzie określono katalog przesłanek warunkujących skorzystanie ze środków ochrony prawnej, przewidzianych prawem zamówień publicznych. I tak, art. 505 ust. 1 pzp stanowi, że środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Status podmiotu nieuprawnionego jest przesłanką formalnoprawną, której niespełnienie winno skutkować odrzuceniem odwołania postanowieniem. Odmienne w kontekście pozostałych dwóch – są to materialnoprawne przesłanki, podlegające merytorycznemu rozpoznaniu.

Kwestia braku legitymacji do wniesienia odwołania, skorzystania ze środków ochrony prawnej była przedmiotem analizy zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i Sądu Okręgowego w Warszawie, oceniana w kontekście „nowego” prawa zamówień publicznych. Stanowisko jest jednolite – prawomocne odrzucenie oferty danego podmiotu, skutkuje ostateczną utratą statusu wykonawcy w postępowaniu, z czym wiąże się również utrata prawa do kwestionowania odrzucenia swojej oferty, z uwagi na wyczerpanie drogi zaskarżenia, ale także podważania dalszych czynności w postępowaniu. Odwołujący nie jest zatem ani „wykonawcą” ani określonym w ustawie pzp „innym podmiotem”. Uzupełniająco, w postanowieniu tym przywołano liczne orzeczenia, wskazujące na utrwalony pogląd Izby w tej materii. Odwołujący zdaje się dostrzegać tę kwestię – utraty statusu wykonawcy – próbując enigmatycznie ukryć to pod pozorem poinformowania o powtórny wyborze oferty

najkorzystniejszej przed upływem terminu do wniesienia skargi na wyrok KIO (sic!).
fragment odwołania SIMA – s. 4

Powyższe twierdzenia są bezprzedmiotowe, a dość zastanawiająca relacja terminów nie wpływa na okoliczność, że upływ terminu do wniesienia skargi, poskutkowało prawomocnym odrzuceniem oferty Konsorcjum Sima, a w efekcie utratą przez Konsorcjum statusu „wykonawcy”. Odwołujący nie zakwestionował swojego odrzucenia, termin na wniesienie skargi minął. Izba za podstawę decyzji bierze aktualny stan rzeczy, czego nie można konwalidować, tak jakby to chciał Odwołujący, poprzez przyjęcie jakiegoś konkretnego „wycinka czasu”.

W przedmiotowej sprawie termin na wniesienie skargi do Sądu Zamówień Publicznych – stosownie do twierdzeń Odwołującego - upłynął dnia 13 stycznia 2022 roku, z którego to środka ochrony prawnej Odwołujący nie skorzystał.

/.../ definicja wykonawcy ujednocila pojęcie uczestnika postępowania na każdym etapie postępowania. (...) definicja wykonawcy jest zatem dynamiczna i będzie zmieniała się w zależności od etapu, na jakim postępowanie się znajduje. W konsekwencji, krąg wykonawców ulega zawężeniu wraz z kolejnymi etapami postępowania. Podmioty wykluczone z postępowania nie mieszczą się w nowym – w relacji do poprzedniego prawa zamówień publicznych – elemencie definicyjnym pojęcia „wykonawcy” - (...) która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług. Jak wskazał Sąd – tym samym z uwagi na brzmienie ww. przepisu jest to opis „wykonawcy” początkowego etapu postępowania, który co do zasady ma zdolność do bycia uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Logicznie nie sposób przyjąć, że ten element definicji obejmuje podmioty, których oferta została prawomocnie odrzucona (...). Podmioty te bowiem po pierwsze są wyłączone w sposób negatywny z tej części definicji wykonawcy, ponieważ nie złożyły skutecznej oferty (oferta została odrzucona) i po drugie nie są potencjalnie zdolne do uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Jeżeli odwołujący nie ma statusu wykonawcy, ponieważ został prawomocnie wyeliminowany z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to nie ma uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wnioski składu orzekającego zostały również poparte orzecznictwem TSUE. Jak wykazano wyżej, Konsorcjum Sima nie jest podmiotem legitymowanym do wniesienia odwołania. Stosownie do art. 553 pzp – O oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Puentując, brak właściwego statusu przez podmiot wnoszący odwołanie, czyni to odwołanie formalnie niedopuszczalnym i podlegającym odrzuceniu. Ziszczenie się przesłanek do odrzucenia odwołania powoduje, że orzeczenie takie ma pierwszeństwo przed oddaleniem odwołania z przyczyn braku

legitymacji materialnoprawnej (SO w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych 18 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 10/21).

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym, wskazał na art. 528 pkt 2 pzp, tj. wniesienie odwołania przez podmiot nieuprawniony.

Wskazał, że całościowo, legitymacja do wniesienia środków ochrony prawnej składa się z trzech elementów: 1) status wykonawcy, uczestnika konkursu lub innego podmiotu; 2) interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie (zarówno interes aktualny jak i „przeszły”) oraz 3) poniesienie lub możliwość poniesienia szkody, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Relevantna dla omawianej sprawy jest pierwsza z tych okoliczności, tak też sygnalizacyjnie wskazać należy na kryterium rozróżniające pierwszą od pozostałych przesłanek, a mianowicie status podmiotu nieuprawnionego jest przesłanką formalnoprawną, której niespełnienie winno skutkować odrzuceniem odwołania postanowieniem. Odmienne w kontekście pozostałych dwóch – są to materialnoprawne przesłanki, podlegające merytorycznemu rozpoznaniu. Prawomocne odrzucenie oferty podmiotu, skutkuje ostateczną utratą statusu wykonawcy w postępowaniu, z czym wiąże się również utrata prawa do kwestionowania odrzucenia swojej oferty, z uwagi na wyczerpanie drogi zaskarżenia, ale także podważania dalszych czynności w postępowaniu. Odwołujący nie jest zatem ani „wykonawcą” ani określonym w ustawie pzp „innym podmiotem”. Uzupełniająco, w postanowieniu tym przywołano liczne orzeczenia, wskazujące na utrwalony pogląd Izby w tej materii.

Odwołujący nie zakwestionował swojego odrzucenia, termin na wniesienie skargi minął. Izba za podstawę decyzji bierze aktualny stan rzeczy, czego nie można konwalidować, tak jakby to chciał Odwołujący, poprzez przyjęcie jakiegoś konkretnego „wycinka czasu”.

Można stwierdzić, krąg wykonawców ulega zawężeniu wraz z kolejnymi etapami postępowania. Nadto, wyjaśniono również, że podmioty wykluczone z postępowania nie mieszczą się w nowym – w relacji do poprzedniego prawa zamówień publicznych – elemencie definicyjnym pojęcia „wykonawcy” - (...) która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług. Jak wskazał Sąd – tym samym z uwagi na brzmienie ww. przepisu jest to opis „wykonawcy” początkowego etapu postępowania, który co do zasady ma zdolność do bycia uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Logicznie nie sposób przyjąć, że ten element definicji obejmuje podmioty, których oferta została prawomocnie odrzucona (...). Podmioty te bowiem po pierwsze są wyłączone w sposób negatywny z tej części definicji wykonawcy, ponieważ nie złożyły skutecznej oferty (oferta została odrzucona) i po drugie nie są potencjalnie zdolne do uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Jeżeli odwołujący nie ma statusu wykonawcy, ponieważ został

prawomocnie wyeliminowany z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to nie ma uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wnioski składu orzekającego zostały również poparte orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba uznała, że odwołanie, na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zmianami) podlega odrzuceniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

Dnia 6 grudnia 2021 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, która była dokonana dnia 27 października 2021 r., a następnie zaskarżona do Prezesa KIO ze skutkiem w postaci wyroku KIO z dnia 3 grudnia 2021 r. sygn. akt KIO 3300/21. Następnie w wyniku ponownej oceny ofert zamawiający dokonał wyboru oferty konsorcjum POLEKO dnia 12 stycznia 2022 r. Odwołanie na tę czynność wyboru wniosło konsorcjum SIMA.

Termin do wniesienia skargi na wyrok KIO 3300/21 upłynął dnia 13 stycznia 2022 r., co zdaniem przystępującego poskutkowało prawomocnym odrzuceniem oferty konsorcjum SIMA, a w efekcie utratą przez to konsorcjum statusu „wykonawcy”.

Jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania, dnia 12 stycznia 2022 r. jednocześnie z czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający odrzucił ofertę odwołującego. Odwołujący wniósł do Prezesa KIO odwołanie od pierwszej z tych czynności tj. wyboru oferty, natomiast nie podjął żadnych czynności wobec odrzucenia oferty przez niego złożonej.

Skład orzekający nie podziela stanowiska przystępującego, iż z upływem terminu na wniesienie skargi na wyrok KIO 3300/21 nastąpiło prawomocne odrzucenie oferty konsorcjum KIO, a w efekcie utrata przez to konsorcjum statusu wykonawcy. Przypomnieć należy, że Izba nie wykonuje czynności bezpośrednio w stosunku do wykonawców, tj. na przykład nie odrzuca oferty, nie wyklucza wykonawcy, lecz stwierdzając uchybienia po stronie zamawiającego nakazuje mu określone zachowanie. Taka sytuacja miała miejsce również w postępowaniu o zamówienie będącym przedmiotem rozpoznania. Izba w wyroku KIO 3300/21 między innymi nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty konsorcjum SIMA, a czynność tak nakazaną wykonał zamawiający dnia 12 stycznia 2022 r. Ocena statusu wykonawcy winna być dokonana nie na podstawie treści powołanego wyroku, lecz na podstawie czynności zamawiającego. W konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego, które stało się ostatecznie skuteczne wobec braku zaskarżenia tej czynności, spowodowało utratę przez wykonawcę statusu wykonawcy w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy pzp, który wprawdzie składając ofertę ubiegał się o uzyskanie zamówienia, wobec późniejszego nie zaniegowania odrzucenia oferty, status wykonawcy utracił na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji uzasadnione stało się stwierdzenie, że wobec utraty statusu wykonawcy stał się podmiotem nieuprawnionym w rozumieniu art. 528 pkt 2 ustawy pzp. W następstwie tego ustalenia uzasadnione jest stwierdzenie, że zaistniała przesłanka odrzucenia odwołania na podstawie przepisu ustawy wskazanego w zdaniu poprzednim.

Powyższe rozstrzygnięcie nie stoi w sprzeczności z tezami orzecznictwa, w tym powoływanymi przez odwołującego, o interesie w uzyskaniu zamówienia przez wykonawcę, który dąży do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z zamiarem uczestnictwa w postępowaniu kolejnym, co wiąże się z oceną interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ustawy pzp. W każdym jednak wypadku przesłanką pozytywną spełnienia wymogu skutecznego wniesienia odwołania jest ocena, czy podmiot działający w postępowaniu odwoławczym jest wykonawcą w rozumieniu ustawy pzp.

Wobec powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

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 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: