

Sygn. akt KIO 1866/21

POSTANOWIENIE
z dnia 6 lipca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Uczestników postępowania w dniu 6 lipca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2021 roku przez Odwołującego - **Primost Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) Probudowa.com Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (Lider Konsorcjum)** oraz **(2) ROTOMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (Partner Konsorcjum)**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **Primost Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu 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 – **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta z siedzibą we Wrocławiu** – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej jako „Pzp2004”) na **„Remont mostu Zwierzynieckiego w zakresie wymiany płyty chodnikowej i zabezpieczeń antykorozyjnych”**. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 589743-N-2020 z dnia 2020-09-28 r.

Zamawiający w dniu 18 czerwca 2021 r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: **(1) Probudowa.com Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (Lider Konsorcjum) oraz (2) ROTOMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (Partner Konsorcjum)**, dalej jako „Konsorcjum” lub „Przystępujący”.

W dniu 21 czerwca 2021 roku wykonawca **Primost Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie** (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej „Pzp2019”) oraz w związku z art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp2004 czynności Zamawiającego polegających na:

1. Nieuzasadnionym wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum.
2. Zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum, pomimo iż Wykonawca ten wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu oraz pomimo iż Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp2004:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 Pzp2004 poprzez zaniechanie uznania, że w sprawie zmaterializowały się przesłanki przepisów, podczas gdy Konsorcjum w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd odnośnie do doświadczenia

osoby proponowanej na stanowisko Kierownika Budowy celem spełnienia warunku określonego w rozdziale IV pkt 1 ppkt c4 SIWZ oraz kryterium oceny ofert opisanego w rozdziale IV pkt 1 ppkt c.4) SIWZ, a także posiadanego doświadczenia w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IV pkt 1 ppkt c.1 SIWZ;

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp2004 poprzez zaniechanie uznania, iż Konsorcjum nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale IV pkt 1 ppkt c1 oraz c4, a tym samym zaniechanie wykluczenia Wykonawcy;

3. art. 7 ust. 1 Pzp2004 poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania.

Odwołujący wnosił o rozpoznanie i uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.
2. Powtórzenia czynności badania ofert.
3. Wykluczenia Konsorcjum z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zakresie osoby kierownika budowy wskazanej celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej i zawodowej i kryterium oceny ofert, a także w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IV pkt 1 ppkt c1 tiret 2 SIWZ oraz ze względu na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w rozdziale IV pkt 1 ppkt c1 SIWZ.

Odwołanie zatem zostało wniesione w terminie. Odwołujący złożył Zamawiającemu kopię odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia i terminowo uiścił wpis od w prawidłowej wysokości na właściwy rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Co do wykazania przesłanek interesu i szkody przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, że w przypadku uwzględnienia odwołania w całości Zamawiający zobowiązany zostanie do wykluczenia jedyne go wykonawcy pozostałego w postępowaniu tj. Konsorcjum. W postępowaniu oferty złożyło bowiem trzech wykonawców - Konsorcjum, Odwołujący oraz Polwar Sp. z o.o. Odwołujący oraz Polwar Sp. z o.o. decyzją Zamawiającego z dnia 18.06.2021 r. zostali wykluczeni z postępowania. W związku z powyższym Konsorcjum pozostaje jedynym niewykluczonym wykonawcą. W przypadku uwzględnienia odwołania w całości Konsorcjum również zostanie wykluczone z postępowania, a Zamawiający ze względu na brak ofert możliwych do wybrania unieważni postępowanie przetargowe. Odwołujący podkreślił, iż w orzecznictwie uznane zostało, iż interes w uzyskaniu zamówienia istnieje nawet wtedy gdy uwzględnienie wniesionego odwołania miałyby prowadzić do unieważnienia postępowania (tak wyrok z dnia 11 maja

2017 r. w sprawie C-131/16 Archus sp. z o.o. i Gama J. L. przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A., ECLI:EU:C 2017:358, pkt 47-59 oraz wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: sygn. akt: KIO 2395/15 z dnia 03.01.2017 r., sygn. akt: KIO 1888/18 z 4 października 2018 r.).

Kolejną z przesłanek do wniesienia skutecznego odwołania pozostaje szkoda poniesiona lub możliwa do poniesienia. Brak wniesienia i uwzględnienia odwołania doprowadzi do utrzymania wyboru oferty Wykonawcy, a tym samym braku unieważnienia postępowania. Odwołujący zostanie zatem pozbawiony możliwości jego uzyskania. Wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia odwołania byłoby unieważnienie postępowania (tak wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 2395/15).

Odwołujący uważał, że w sprawie koniecznym jest również poruszenie kwestii związanej z wykluczeniem z postępowania samego Odwołującego, a w konsekwencji możliwości złożenia przez niego odwołania. Odwołujący przywołał orzeczenie TSUE z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 *Technische Gebaudebetreuung i Caverion Osterreich*. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne wskazał, iż „*W świetle powyższych uwag na przedłożone pytanie należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 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.*” Stan faktyczny sprawy Odwołujący uznaje za analogiczny. Również w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 stwierdzone zostało, że odrzucony oferent powinien mieć możliwość żądania odrzucenia oferty wygrywającego oferenta, a pojęcie "danego zamówienia" ("interesu w uzyskaniu danego zamówienia") może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sam fakt ostatecznego wykluczenia Odwołującego z prowadzonego postępowania nie stanowi podstawy do uznania jakoby Odwołujący nie pozostawał uprawnionym do wniesienia środka ochrony prawnej. Odwołujący wyjaśnił, iż do jego wykluczenia z postępowania doszło w skutek orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, która uznała, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż wskazany przez niego kierownik budowy nie posiada wymaganego doświadczenia, (wyrok KIO sygn. akt 773/21). Odwołujący pomimo zachowania daleko idącej ostrożności oraz staranności nie był w stanie wykazać spełnienia warunków udziału

w postępowaniu (pomimo tego, iż podany przez niego kierownik warunki te ewidentnie spełniał jednak zadania o tym świadczące zaliczone zostały w kryterium oceny ofert). Dodatkowo Odwołujący zauważył, iż do dnia wykluczenia go z postępowania dokonywał on przedłużenia terminu związania z ofertą przez co nie został zerwany jego stosunek prawny z Zamawiającym z tytułu rezygnacji z udziału w niniejszym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

W postępowaniu odwoławczym zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum wymienione w sentencji niniejszego postanowienia. Przystępujący wnosili o odrzucenie odwołania na podstawie art. art. 528 pkt 2 ustawy PZP2019 jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

W pierwszej kolejności Przystępujący zwrócił uwagę, iż Odwołujący nie posiada interesu prawnego w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy PZP2019 do złożenia odwołania. Na skutek wyroku KIO 773/21 z dnia 28.04.2021 r. Odwołujący został wykluczony z postępowania. Przystępujący dodał, iż był już to drugi wyrok wydany przez Krajową Izbę Odwoławczą w stosunku do wyboru oferty Odwołującego. W wyroku z dnia 18.01.2021r. pod sygn. akt KIO 3411/20, Izba nakazała unieważnienie wyboru oferty Odwołującego oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert. Tym samym w związku z treścią wyroku KIO 773/21 oraz przekazaną za pismem Zamawiającego z dnia 18.06.2021 r. decyzją o odrzuceniu oferty i wykluczeniu Odwołującego z postępowania, utracił On status wykonawcy w postępowaniu.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp2019, bowiem odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, tj. przez podmiot, który utracił status wykonawcy.

Krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej wyznacza przepis art. 505 ustawy Pzp 2019, 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 Pzp 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.

Uznać tym samym należy, że 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 Pzp 2019.

Ze względu na użycie w treści przywołanego przepisu pojęcia „wykonawcy”, koniecznym jest sięgnięcie do definicji legalnej tego pojęcia umieszczonej w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp2019 – 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.

Z przepisu ustawy Pzp2019 wynika, że status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. Podobnie zresztą prezentowało się definiowanie powyższego pojęcia w ustawie Pzp 2004, zaś omawiana przesłanka odrzucenia odwołania nie uległa zmianie, zatem dorobek orzecznicy w tym zakresie pozostaje nadal aktualny.

Dostrzeżenia więc wymaga, iż sam fakt złożenia oferty w postępowaniu przez Odwołującego nie gwarantował mu zachowania statusu wykonawcy w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez ustawodawcę, co z drugiej strony przekłada się na możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Status wykonawcy można bowiem nieodwracalnie utracić – przykładowo – w wyniku zaniechania zaskarżenia przez wykonawcę, który złożył ofertę decyzji zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu lub odrzucenia jego oferty.

Odwołujący, co potwierdził w odwołaniu, został wykluczony z udziału w postępowaniu (zawiadomienie Zamawiającego z dnia 18 czerwca 2021 r.), a jego oferta uznana została za odrzuconą. Zarzuty odwołania w ogóle nie dotyczą decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z powodu niepotwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a „jedynie” decyzji o wyborze oferty wykonawcy, który zdaniem Odwołującego powinien zostać także wykluczony z postępowania, a sama oferta odrzucona, ponieważ wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu i zdaniem Odwołującego próbował wprowadzić Zamawiającego w błąd. Stwierdzić przy tym stanowczo należy, że Odwołujący w żaden sposób nie przeciwdziałał wyeliminowaniu go z udziału w postępowaniu, akceptując ustalenia i ostateczną ocenę podmiotową przeprowadzoną przez Zamawiającego. Faktu tego nie zmienia okoliczność przedłużania przez Odwołującego terminu związania ofertą.

Choć w rozpoznawanej sprawie 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 wykluczeniu z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty, której Odwołujący nie zakwestionował (poprzez złożenie odwołania na czynność wykluczenia go z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty) status aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia utracił. Czynność wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu wywiera zatem skutki prawne, które – wobec niewniesienia odwołania – mają charakter nieodwracalny. Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie nie był już wykonawcą – uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, zatem odwołanie jako wniesione przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu. Przymiot uczestnika postępowania Odwołujący utracił w momencie, gdy zdecydował się nie kwestionować decyzji Zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania, a zaskarżyć jedynie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy. Odwołujący wskazywał w swoim odwołaniu, że, nie był w stanie wykazać spełnienia wymaganych warunków udziału, inaczej mówiąc sam de facto zrezygnował z takiej możliwości informując o tym w złożonym odwołaniu. W konsekwencji sam także zrezygnował z swojego statusu jako wykonawcy aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Skład orzekający Izby podkreśla, że 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*, (który przywołał również Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia), 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 była zostać odrzucona.

Trybunał wyraźnie wskazał, iż: „art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 2007/66 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.” W glosie do ww. orzeczenia TSUE Małgorzaty Sieradzkiej (LEX/el. 2017) słusznie zauważono, że 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.

Potwierdza tę tezę orzeczenie 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 Donauraum AG (WED)*, ECLI:EU:C:2003:359), gdzie 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.

Nadto, Izba podkreśla, że zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, dla przykładu w wyroku z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C - 131/16 *Archus et Gama*, iż przyznanie ochrony prawnej wykonawcy następuje w przypadku, gdy odrzucony wykonawca nie zgadzając się z decyzjami instytucji zamawiającej, dokonuje ich zaskarżenia. Dokładnie Trybunał stwierdził: „w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta (...)”.

Tymczasem stan faktyczny w omawianej sprawie jest odmienny. Mamy tu bowiem do czynienia z podmiotem, który nie ma nie tylko interesu w pozyskaniu zamówienia, lecz również we wnoszeniu środków ochrony prawnej wobec wyboru najkorzystniejszej oferty w świetle zaniechania wyczerpania dopuszczalnego ustawowo trybu odwoławczego w odniesieniu do własnego wykluczenia i odrzucenia oferty. Odwołujący bowiem w żaden sposób nie broni własnej oferty i nie kwestionuje swojego wykluczenia, interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej upatrując wyłącznie w następnym postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący mylnie upatruje interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej w odniesieniu do możliwości dążenia wykonawcy do unieważnienia postępowania jako takiego i możliwości uczestniczenia w kolejnym postępowaniu. Zdaniem Izby możliwość dążenia do unieważnienia postępowania należy odczytywać jako potencjalny skutek wniesienia odwołania, w którym odwołujący dąży do obrony własnej oferty (ale obrona własnej oferty może okazać się nieskuteczna) i jednocześnie do eliminacji oferty konkurencyjnej, uznanej za najkorzystniejszą. W wyniku tak złożonego środka ochrony prawnej może dojść do sytuacji, gdzie potwierdzą się zarzuty odwołania wobec oferty wybranej a jednocześnie nie potwierdzą się zarzuty wobec oferty odwołującego, tym samym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlegało będzie unieważnieniu. Skład orzekający w niniejszym postępowaniu odwoławczym wyraża przekonanie, że wynik w postaci unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może być celem samym w sobie. Istotą bowiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej umowy na realizację zamówienia. Potwierdza to również orzeczenie TSUE przywołane w treści odwołania przez samego Odwołującego. Z orzeczenia C-131/16 oraz z innych przywołanych przez Izbę w niniejszym uzasadnieniu jednoznacznie płynie wnioszek, że konieczne jest skarżenie obu decyzji zamawiającego, zarówno o wykluczeniu odwołującego/odrzućeniu jego oferty oraz decyzji o wyniku postępowania. Rozumienie pojęcia „interesu” nie zmieniła znacząco nowelizacja przepisów z 2019 roku. Ogłoszenie nowego postępowania jest zdarzeniem przyszłym, niepewnym, zależnym od wystąpienia wielu czynników, których wyniku nie można przewidzieć w momencie składania odwołania w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia. Aby natomiast możliwe było korzystanie ze środków ochrony prawnej konieczne jest wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia. Takiej przesłanki, w ocenie Izby, Odwołujący nie zdołał wykazać.

Niniejsza kwestia została także poruszona w wyroku z dnia 24 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1609/18, gdzie stwierdzono: *„Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o "interesie w uzyskaniu zamówienia" oraz o "szkodzie", ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. (...) postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. (...)*

Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy (choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.), (tak Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11). (...) Działanie Odwołującego, nie jest ukierunkowane na zmianę statusu jego oferty w niniejszym postępowaniu, a na jego zniweczenie. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że posiada obiektywną tzn. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia, a tym samym nie wykazał interesu w uzyskaniu danego zamówienia.”

Reasumując, Odwołujący nie posiada obecnie statusu wykonawcy w rozumieniu art. 505 ustawy Pzp 2019 i w konsekwencji jest podmiotem nieuprawnionym do skorzystania ze środka ochrony prawnej, wobec czego odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp 2019.

Mając na względzie powyższe, na podstawie art. 529 ust. 1, art. 553 zdanie drugie ustawy Pzp 2019, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 oraz art. 573 i następne ustawy Pzp2019 oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 31.12.2020, poz. 2437), w przypadku odrzucenia odwołania Odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 529 ust. 1 ustawy Pzp2019.

Przewodniczący: