Sygn. akt: KIO 1820/17

POSTANOWIENIE
z dnia 15 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozP. na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 15 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2017 r. przez Odwołującego – wykonawcę G.M.P. sp. z o.o. z siedzibą w P., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – SP ZOZ Lotnicze Pogotowie Ratunkowe w Warszawie, przy udziale wykonawcy H.A.T. GmbH z siedzibą w W., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. odrzucić odwołanie
2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Odwołującego i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1820/17

Uzasadnienie

SP ZOZ Lotnicze Pogotowie Ratunkowe w Warszawie („Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Modyfikacja dwudziestu trzech (23) śmigłowców typu EC135, użytkowanych przez Lotnicze Pogotowie Ratunkowe, do standardu NVIS oraz zakup dziewięćdziesięciu sześciu (96) kompletów lotniczych gogli noktowizyjnych", znak sprawy: ZP/6/IV/2017, zwane dalej „Postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 kwietnia 2017 r. pod nr 2017/S 082-158599.

23 sierpnia 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty wykonawcy H.A.T. GmbH z siedzibą w W. (dalej „Wykonawca H").

1 września 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniesione zostało odwołanie wykonawcy G.M.P. sp. z o.o. z siedzibą w P. (dalej „Odwołujący"), w którym zaskarżono:

1. czynność Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Wykonawcy H,
2. zaniechanie Zamawiającego polegające na nieodrzuceniu oferty Wykonawcy H,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 i 2 oraz art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy H i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej oraz dopuszczenie dokonanych w niej przez wykonawcę zmian, pomimo że jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ"), a wykonawca dokonał niedopuszczalnych zmian, w szczególności w odniesieniu do wartości parametru SNR, którego minimalna wartość podana w ofercie wynosiła „22.0", a którą wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego

do złożenia wyjaśnień zmienił na „22.3”,

2. art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na nieodrzuceniu, dopuszczeniu zmian oraz na wyborze oferty Wykonawcy H, pomimo że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, powołując jako podstawę odrzucenia taką samą niezgodność z treścią SIWZ, jaka występowała w ofercie Wykonawcy H i którą Odwołujący

usiłował usunąć przy pomocy takich samych zmian jak wykonawca H.A.T. GmbH, tj. w szczególności w obu wypadkach w swoich ofertach wykonawcy podali minimalną wartość parametru SNR „22”, a następnie w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień obaj wskazali wyższe parametry, ponieważ przy wartości „22” w przypadku obu ofert nie było możliwe osiągnięcie minimalnej wartość parametru FOM (1600) wymaganej przez SIWZ, przy czym jedynie oferta Odwołującego została odrzucona z tego powodu, zaś oferta Wykonawcy H wybrana została jako najkorzystniejsza,

3. art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 2 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U.2014.915 ze zm.) przez przyjęcie, że zaoferowana przez Wykonawcę H cena to kwota 11.008.200 zł, zaś rzeczywiste obciążenie finansowe Zamawiającego to 11.102,178,00 zł w sytuacji, gdy faktycznie zaoferowana cena, a więc kwota do zapłaty wykonawcy przez Zamawiającego, jest w rzeczywistości wyższa o kwotę VAT należnego od dostawy towarów (tj. o kwotę 2.492.151,20 zł), ponieważ jak wynika z wyjaśnień Wykonawcy H realizowana przez niego dostawa towarów będzie dostawą krajową obciążoną polskim VAT, który zostanie doliczony do kwoty netto na fakturze wystawionej Zamawiającemu i będzie podlegał zapłacie przez niego,
4. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 6 oraz art. 91 ust. 1 i 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia i wybór oferty Wykonawcy H w sytuacji, gdy w jego ofercie podano cenę w sposób sprzeczny z ustawą oraz błędny, ponieważ nie uwzględnia VAT w sytuacji, gdy z wyjaśnień Wykonawcy H wynika, że realizowana przez niego dostawa towarów podlegać będzie w Polsce opodatkowaniu VAT jako dostawa krajowa, i że do kwoty netto doliczy na fakturze VAT wystawionej Zamawiającemu kwotę VAT, którą to kwotę Zamawiający będzie musiał uiścić na rzecz Wykonawcy H,
5. art. 91 ust. 1 i 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp polegające na wyborze oferty Wykonawcy H, pomimo że zaoferowana przez niego cena przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, a Zamawiający nie zwiększył tej kwoty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty,
2. odrzucenia oferty Wykonawcy H.

Izba ustaliła, że w postępowaniu odwoławczym toczącym się pod sygn. akt KIO 1571/17 Odwołujący skarżył m.in. odrzucenie złożonej przez niego oferty. Wyrokiem z 22 sierpnia 2017 r. Izba odwołanie oddaliła potwierdzając w powyższym

zakresie prawidłowość postępowania Zamawiającego. Na dzień wydania przedmiotowego postanowienia strony nie otrzymały pisemnego uzasadnienia wspomnianego wyroku. Odwołujący zasadniczo przyznał te okoliczności w treści odwołania (str. 5).

Izba zważyła – odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

W literaturze przedmiotu (tak np. I. Skubiszak-Kalinowska: *Komentarz do art. 189 Pzp* [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz,* LEX/el. 2017) i orzecznictwie Izby (zob. m.in. postanowienia z dnia 9 marca 2016 r., sygn. akt KIO 287/15, LEX nr 2051485, 30 maja 2016 r., sygn. akt KIO 849/16, LEX 2087846, 29 września 2016 r., sygn. akt KIO 1735/16, LEX nr 2153847, czy 14 marca 2017 r., sygn. akt KIO 365/17, LEX nr 2258084 i przywołane w nich orzecznictwo Izby i sądów okręgowych) wyrażono aprobowany przez skład orzekający w tej sprawie pogląd,

że przepis art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp znajduje zastosowanie m.in. w przypadku wniesienia odwołania przez podmiot, który utracił status wykonawcy.

Przepis art. 179 ust. 1 Pzp wyznacza krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej, zaliczając do niego wykonawcę, uczestnika konkursu, a także inny podmiot. Z legalnej definicji wykonawcy (art. 2 pkt 11 Pzp) wynika z kolei, że jest nim osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji przyjąć należy, że status wykonawcy ustawodawca wiąże z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że – w zależności od okoliczności konkretnego stanu faktycznego – ten sam podmiot w tym samym postępowaniu może być uznany, bądź nie, za wykonawcę w rozumieniu Pzp. Tytułem przykładu można wskazać na sytuację, w której dany podmiot wnosi odwołanie wobec postanowień specyfikacji w przetargu nieograniczonym, ponieważ prowadzi działalność w branży zbieżnej z przedmiotem zamówienia i jest zainteresowany jego uzyskaniem. Na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia należy uznać go za wykonawcę w rozumieniu Pzp (podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia), jednakże jeżeli nie złoży on oferty, to nie będzie miał takiego statusu, a zarazem uprawnienia do kwestionowania w drodze odwołania czynności zamawiającego podejmowanych po złożeniu ofert (analogiczny wniosek dotyczyć będzie wykonawców wykluczonych z postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na pierwszym jego etapie – nie będą mogli zostać uznani za wykonawców na kolejnym etapie postępowania, tj. składania ofert). *E.,* z powyższego wynika, że podważane przez Odwołującego ograniczenie w przyznawaniu statusu wykonawcy wynika z samej konstrukcji definicji tego pojęcia.

Ad casum Odwołujący niewątpliwie posiadał status wykonawcy, bowiem złożył Zamawiającemu ofertę. Skład orzekający uznał jednak, że wraz z jej odrzuceniem, potwierdzonym wyrokiem Izby z 22 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1571/17, Odwołujący status ów utracił, wobec czego nie jest już uprawniony do kwestionowania dalszych czynności Zamawiającego podejmowanych w Postępowaniu.

Nie mogła się ostać argumentacja Odwołującego wywodząca brak podstaw do odrzucenia odwołania z legitymacji do jego wniesienia. Izba wyjaśnia, że jej brak (tj. niespełnianie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp) skutkuje oddaleniem odwołania wyrokiem, po przeprowadzeniu rozprawy, tj. po merytorycznym zbadaniu zarzutów odwołania. Z kolei ziszczenie się jednej z okoliczności opisanych w art. 189 ust. 2 Pzp stanowi przeszkodę w skierowaniu sprawy do rozpoznania na rozprawie, obligującą Izbę do odrzucenia odwołania na (niejawnym) posiedzeniu (zob. § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, Dz.U.2014.964 j.t. ze zm. oraz art. 189 ust. 3 Pzp). Stąd przywoływane w pkt 11 odwołania orzecznictwo było nieadekwatne do stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie i nie zmieniało nic w kwestii oceny dopuszczalności odwołania.

Zdaniem Izby brak jest również podstaw do ewentualnego traktowania Odwołującego jako inny podmiot, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. Orzecznictwo Izby nie pozostawia wątpliwości, że wspomnianym innym podmiotem będzie, przykładowo, przedsiębiorca mogący być potencjalnym uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w jednym z trybów konkurencyjnych, pozbawiony tej możliwości przez wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem ustawowych przesłanek umożliwiających skorzystanie z tego trybu, który wnosi odwołanie kwestionując wybór sposobu udzielenia zamówienia (zob. przykładowo wyroki Izby z 3 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 529/14, LEX nr 1455495, czy 5 września 2016 r., sygn. akt KIO 1556/16, LEX nr 2151627). Z powyższego wynika, że pojęcie innego podmiotu z art. 179 ust. 1 Pzp odnosić należy do podmiotów, które nigdy statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do którego odnosi się wnoszone przez nie odwołanie, nie miały i nie mogły go uzyskać z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp, co w tej sprawie miejsca nie miało. Innym podmiotem nie będzie zatem taki podmiot, który do pewnego etapu postępowania posiadał status wykonawcy, lecz w wyniku czynności zamawiającego, których prawidłowość została potwierdzona przez Izbę, został go pozbawiony.

Prawnie obojętna jest w sprawie okoliczność, że orzeczenie Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1751/17 jest nieprawomocne, a nawet że strony i uczestnicy tego postępowania odwoławczego nie otrzymali dotąd pisemnego uzasadnienia wyroku, ponieważ z przepisów

Pzp nie wynika, aby skarga na orzeczenie Izby miała charakter suspensywny. Przeciwnie – zgodnie z art. 183 ust. 1 Pzp zamawiający nie może zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego wyłącznie do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Z kolei sąd okręgowy, rozpoznając skargę na orzeczenie Izby wydane na gruncie postępowania, w którym po jego ogłoszeniu zawarta została umowa w sprawie zamówienia publicznego, wydaje rozstrzygnięcie z uwzględnieniem tej okoliczności – argument z art. 192 ust. 3 w zw. z art. 198f ust. 2 zdanie trzecie Pzp (podobne stanowisko w kwestii zaskarżalności orzeczeń Izby zajęte zostało w postanowieniu z 9 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 631/15, LEX nr 1710422).

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji postanowienia) orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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.2010.231.238 ze zm.).

Przewodniczący: ……