Sygn. akt KIO 386/21

POSTANOWIENIE
z dnia 19 lutego 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Monika Szymanowska
Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Uczestników postępowania w dniu 19 lutego 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2021 roku przez Odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum leśne: (1) A. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne A. P. z siedzibą w Nowym Gierałtowie (Lider); (2) A. A. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne A. A. z siedzibą w Mikołajowie; (3) D. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „MD" D. M. z siedzibą w Idzikowie(4) D. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne D. C. z siedzibą w Międzylesiu**
w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Lądek Zdrój z siedzibą w Strachocinie**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) R. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R. M. Pozyskiwanie i Zrywka Drewna z siedzibą w Starym Gierałtowie (Lider); (2) D. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne D. J. z siedzibą w Skrzynce; (3) R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne R. K. z siedzibą w Radochowie; (4) T. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Pozyskiwanie Drewna Usługi dla Lasów Państwowych T. O.; (5) K. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne K. G. z siedzibą w Stroniu Śląskim; (6) P. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne P. J. z siedzibą w Bolesławowie; (7) J. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne J. B. z siedzibą w Skrzynce; (8) M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne Ścinka i Zrywka Drewna oraz Inne prace Leśne z siedzibą w Stroniu Śląskim; (9) D. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne D. D. z siedzibą w Konrdowie; (10) M. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne M. Z. z siedzibą w Konradowie; (11) A. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne „DĄB" A. B. z siedzibą w Starej Morawie; (12) K. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne K. Ł. z siedzibą w Bolesławowie; (13) A. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne A. P. z siedzibą w Nowej Morawie; (14) K. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą usługi Leśne K. K. z siedzibą w Nowej Morawie; (15) K. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne K. Z. z siedzibą w Orłowcu; (16) P. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne P. F. z siedzibą w Kamienicy; (17) S. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne, Pozyskiwanie, Zrywka, drewna S. S. z siedzibą w Starym Gierałtowie; 18) J. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne J. B. z siedzibą w Goszowie; (19) M. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Pozyskiwanie, Zrywka, Sprzedaż Drewna, Koszenie z siedzibą w Bolesławowie; (20) J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne DREWART J. K. z siedzibą w Konradowie; (21) J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usług Leśne J. O. z siedzibą w Stroniu Śląskim; (22) P. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne P. U. z siedzibą w Radochowie; (23) A. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „DREWZRĄB" Wyrąb Wywóz i Sprzedaż Drewna A. W. z siedzibą w Trzebieszowicach; (24) M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne M. M. z siedzibą w Skrzynce; (25) T. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne T. M. z siedzibą w Skrzynce; (26) R. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne R. M. z siedzibą w Skrzynce** zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

postanawia:

1.odrzuca odwołanie,
2.kosztami postępowania obciąża Odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum leśne: (1) A. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne A. P. z siedzibą w Nowym Gierałtowie (Lider); (2) A. A. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne A. A. z siedzibą w Mikołajowie; (3) D. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „MD" D. M. z siedzibą w Idzikowie; (4) D. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne D. C. z siedzibą w Międzylesiu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu 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:……...……...
Członkowie: ……
……

Sygn. akt KIO 386/21

UZASADNIENIE

Zamawiający – **Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Lądek Zdrój z siedzibą w Strachocinie** – 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 „Pzp 2004") na ***„Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Lądek Zdrój w roku 2021"***. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 202-490155 z dnia 16.10.2020 r. Przedmiotem zamówienia są usługi z zakresu gospodarki leśnej zgodnie z określeniem w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r., poz. 6 ze zm.,

„Ustawa o lasach") obejmujące prace z zakresu hodowli
i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna, gospodarki łowieckiej, gospodarki rolno łąkowej oraz szkółkarstwa, nasiennictwa i selekcji, do wykonania na terenie Nadleśnictwa Lądek Zdrój w roku 2021.

Zamawiający w dniu 26 stycznia 2021 r. dokonał wyboru w Zadaniu nr 4 jako najkorzystniejszej, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy na potrzeby postępowania przyjęli nazwę „Konsorcjum firm R. M.".

W dniu 5 lutego 2021 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **– Konsorcjum leśne: (1) A. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne A. P. z siedzibą w Nowym Gierałtowie (Lider); (2) A. A. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne A. A. z siedzibą w Mikołajowie; (3) D. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „MD" D. M. z siedzibą**
w Idzikowie; (4) D. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne D. C. z siedzibą w Międzylesiu (dalej: „Odwołujący") wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na podstawieart. 515 i następnych ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo wymówień publicznych (Dz.U. 2019.2019 ze zm. - dalej również „nowe p.z.p.") w zw. z art. 109 i 98 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo Zamówień publicznych (Dz.U. 2019.2020 ze zm.), odwołanie w zadaniu nr 4 wobec niezgodnych z przepisami Pzp 2004 czynności Zamawiającego polegających na:
1)dokonaniu badania i oceny ofert w sposób naruszający równe traktowanie wykonawców poprzez odmienną ocenę takiego samego stanu faktycznego zaistniałego
w stosunku do Konsorcjum Leśnego i Konsorcjum M. w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp 2004,
2)zaniechanie wykluczenia Konsorcjum M., pomimo że wykonawcy ci nie wykazali, że spełniają określone przez zamawiającego warunki udziału dla Zadania 4, czym Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp 2004,
3)dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum M., pomimo że wykonawcy ci nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zatem podlegają wykluczeniu, czym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 PZP 2004.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie w całości odwołania oraz o:
1)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum M. w Zadaniu nr 4,
2)nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum M. w Zadaniu nr 4 postępowania, gdyż wykonawcy ci nie wykazali, że spełniają warunki udziału
w postępowaniu,
3)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp 2004, gdyż w wyniku wykluczenia Konsorcjum M. i uznania oferty złożonej przez tych wykonawców za odrzuconą, w Zadaniu nr 4 nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu;
4)obciążenia kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

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.

Odwołujący wskazał, że spełnia przesłanki określone w art. 505 ust. 1 Pzp 2019 bowiem jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu miał interes w uzyskaniu zamówienia. Gdyby Odwołujący nie został wykluczony z udziału w postępowaniu, jego oferta byłaby oceniona jako najkorzystniejsza.

Odwołujący podkreślił, że nie kwestionuje zasadności swojego wykluczenia, jednakże żądając wykluczenia Konsorcjum M. dąży w istocie do unieważnienia przedmiotowego postępowania, gdyż w przypadku uwzględnienia zarzutów, w postępowaniu w Zadaniu nr 4 nie pozostanie żadna ważna oferta. Zatem niezgodne z prawem czynności Zamawiającego, powodują po stronie Odwołującego powstanie szkody w postaci utraty możliwości ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w ponownie ogłoszonym postępowaniu.

Odwołujący zaznaczył, że Europejski Trybunału Sprawiedliwości w wyroku z dnia 2016-04-05, C-689/13 w zakresie możliwości wnoszenia odwołań wzajemnych, w efekcie uwzględnienia których następuje unieważnienie odwołania, dokonał następującego ustalenia:

„28. Przywołana w pkt 24 i 25 niniejszego wyroku wykładnia dokonana przez Trybunał w wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) ma zastosowanie w kontekście takim jak zaistniały w postępowaniu głównym. Po pierwsze bowiem każdy z uczestników sporu ma równoważny uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych konkurentów. Po drugie, co podniósł rzecznik generalny w pkt 37 swojej opinii, nie można wykluczyć, że jedna z nieprawidłowości leżących podstaw wykluczenia ofert tak wybranego oferenta, tak i oferenta kwestionującego decyzję o udzieleniu zamówienia publicznego powoduje również wadliwość wszystkich ofert złożonych ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. co mogłoby doprowadzić do konieczności wszczęcia przez instytucję zamawiającą nowego postępowania.

30. W świetle powyższych rozważań na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu by odwołanie główne wniesione przez oferenta zainteresowanego uzyskaniem określonego zamówienia, który poniósł szkodę, względnie jest narażony na jej poniesienie w następstwie podnoszonego naruszenia prawa Unii
w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów dokonujących jego transpozycji mającego na celu wykluczenie innego oferenta, zostało uznane za niedopuszczalne na podstawie krajowych przepisów proceduralnych, przewidujących pierwszeństwo badania odwołania wzajemnego wniesionego przez tego drugiego oferenta".

Istotnym dla oceny przedmiotowej sprawy jest analiza zmian poczynionych przez ustawodawcę przy definiowaniu „interesu w uzyskaniu zamówienia", które zostały uwzględnione w obowiązującej od 1 stycznia 2021 r. ustawie Pzp 2019. Otóż art. 505 ust. 1 PZP 2019 nie wiąże już interesu w uzyskaniu zamówienia z „danym zamówieniem", zatem interes taki może być wykazywany w odniesieniu do zamówienia jako takiego,
a więc również zamówienia udzielanego w postępowaniu przyszłym, jeżeli przedmiotowe postępowanie zostałby unieważnione (Stenogram z posiedzenia Komisji Nadzwyczajnej do spraw deregulacji (nr 40) z dnia 21 sierpnia 2019 r. str. 101-111).

Odwołujący przywołał również orzeczenia zawierające wykładnię pojęcia „danego zamówienia" jakiej dokonał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 2017-05-11, C-131/16:

„2). Dyrektywę Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującą przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych

podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienioną dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej tak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, 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 w związku z czym pojęcie „danego zamówienia" w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, należy interpretować, że w danym razie może ono dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego".

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, którego Liderem i pełnomocnikiem jest **R. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R. M. Pozyskiwanie i Zrywka Drewna z siedzibą w Starym Gierałtowie**. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Jak wskazano w odwołaniu Odwołujący w dniu 26 stycznia 2021 roku został przez Zamawiającego wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp 2004 z powodu niespełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej. W uzasadnieniu Zamawiający podał, że wymagał w zakresie doświadczenia wykazania, że w okresie ostatnich 3 lat (…) dla pakietu nr 4 potwierdzenia realizacji co najmniej 1 usługi (1 umowa) polegającej na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna na kwotę 3 701 212,00 zł brutto. Odwołujący w złożonych dokumentach nie wykazał takiej realizacji na wskazaną kwotę. Wykazane doświadczenie było realizowane w ramach wielu umów. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oferta złożona przez Odwołującego została odrzucona.

W odwołaniu Odwołujący podkreślił, że niewątpliwie, ze złożonych na wezwanie Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunku nie wynikało, że co najmniej jeden z członków Konsorcjum leśnego samodzielnie wykonał usługę o wskazanej przez Zamawiającego wartości, dlatego też nie kwestionuje decyzji o wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp 2019, bowiem odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, tj. przez podmiot, który utracił status wykonawcy.

podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej wyznacza przepis art. 505 ustawy Pzp 2019, zaliczając do niego wykonawcę, uczestnika konkursu,

inny podmiot, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody

ursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp z tym zastrzeżeniem, że wobec ogłoszenia

wieniu 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.

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 umieszonej w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp 2019 – 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

lo udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Z przepisu ustawy Pzp 2019 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 zachowanie 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 z dnia 26 stycznia 2021 r.), jednak 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 zawiera ona podobne błędy jak oferta Odwołującego. Stwierdzić zatem stanowczo należy, że Odwołujący w żaden sposób nie przeciwdziałał wyeliminowaniu

go z udziału w postępowaniu, akceptując ustalenia i ostateczną oceny podmiotową przeprowadzoną przez Zamawiającego.

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. Co więcej, sam oświadczył w swoim odwołaniu, że: *„(…) nie kwestionuje zasadności swojego wykluczenia",* 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.

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 Wier* 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.

nał 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*

leniu 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

tępstwie 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 TSUEw 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.

, 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 (...)".*

zasem 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

tle zaniechania wyczerpania dopuszczalnego ustawowo trybu odwoławczego

esieniu do własnego wykluczenia i odrzucenia oferty. Odwołujący bowiem w żaden sposób nie broni własnej oferty i nie kwestionuje swojego wykluczenia, interesu

ystaniu 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) cześnie 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 realizacje zamówienia. Potwierdza to również orzeczenie TSUE przywołane w treści odwołania przez samego Odwołującego.

czenia C-131/16 oraz z innych przywołanych przez Izbę w niniejszym uzasadnieniu jednoznacznie płynie wniosek, że konieczne jest skarżenie obu decyzji zamawiającego, zarówno o wykluczeniu odwołującego/odrzuceniu jego oferty oraz decyzji o wyniku postępowania. Rozumienie pojęcia „interesu" nie zmieniła znacząco nowelizacja przepisów

roku. Ogłoszenie nowego postępowania jest zdarzeniem przyszłym, niepewnym, zależnym od wystąpienia wielu czynników, których wyniku nie można przewidzieć

ncencie 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.

sza 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*

esie 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*

szym 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."

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

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 nowePzp 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 nowePzp.

Przewodniczący:……..……...

Członkowie: ……..……

……..……..