

POSTANOWIENIE

z dnia 15 września 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 15 września 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2021 roku przez wykonawców: Konsorcjum firm FIRM M. G., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą G. M. GAJA, ul . Legionów 25, 32-650 Kęty, jako Lider i

pełnomocnik, LOWA Sportschuhe GmbH z siedzibą w Jetzendorf, Niemcy - Uczestnik konsorcjum w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: 3 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków

przy udziale wykonawcy LARIX J. P. Spółka Jawna w Bielsku-Białej zgłaszającego

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm FIRM M. G., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą G. M. GAJA, ul . Legionów 25, 32-650 Kęty, jako Lider i pełnomocnik, LOWA Sportschuhe GmbH z siedzibą w Jetzendorf, Niemcy zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście 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 (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: .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający: 3 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków

Przedmiot zamówienia: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, Nr sprawy: 66/2021, pod nazwą: „Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania - buty górskie WS, buty specjalne letnie WS”, dalej określane mianem „postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 26 kwietnia 2021r., a opublikowane zostało w dniu 30 kwietnia 2021r. nr 2021/S 084-214160. Zmiany SWZ doprowadziły do zmiany treści ogłoszenia, 25 maja 2021r. oraz 31 maja 2021r. przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowania do ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący: KONSORCJUM FIRM M. G., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą G. M. GAJA, ul. Legionów 25, 32-650 Kęty, jako Lider konsorcjum i pełnomocnik, LOWA Sportschuhe GmbH z siedzibą w 85305 Jetzendorf, Hauptstrasse 19, Niemcy - Uczestnik konsorcjum

Działając jako przedstawiciel konsorcjum firm GAJA- LOWA, a więc w imieniu własnym i Spółki LOWA Sportschuhe GmbH z siedzibą w Jetzendorf, wnosi odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 1 złożonej przez Wykonawcę - LARIX J. P. S.J. z siedzibą w Bielsku-Białej, która podlegała odrzuceniu, a Wykonawca wykluczeniu z postępowania, co miało wpływ na wynik postępowania.

Czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 1, zarzuca naruszenie:

- 1) art. 109 pkt 10 p.z.p. polegające na braku wykluczenia Wykonawcy LARIX J. P. Spółka Jawna w Bielsku-Białej z postępowania, pomimo bezprawnego wpływania na czynności zamawiającego, dające mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy LARIX J. P. S.J. w Bielsku-Białej, w sytuacji braku spełniania przez ofertę Wykonawcy wymogów określonych przez Zamawiającego, dotyczących rozwiązań technicznych jakim odpowiadać mają buty górskie WS (to jest niezgodności rozwiązań technicznych z warunkami zamówienia), i w konsekwencji na zaniechaniu unieważnienia postępowania;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy LARIX- w sytuacji, gdy zaoferowane przez tego wykonawcę obuwie nie przewiduje rozwiązań równoważnych do rozwiązań technicznych przewidzianych przez Zamawiającego w WTU, jakim powinno odpowiadać obuwie, tj. buty górskie WS, i w konsekwencji uznanie tychże rozwiązań przez Zamawiającego za odpowiadające warunkom zamówienia;
- 4) art. 462 ust. 1 p.z.p. polegające na wyborze przez Zamawiającego oferty Wykonawcy LARIX J. P. Spółka Jawna w Bielsku-Białej, jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy Wykonawca nie zajmuje się w ramach prowadzonej działalności produkcją obuwia i zleci wykonanie całości zamówienia podwykonawcy wbrew oświadczeniu zawartemu w ofercie o tym, że nie zamierza powierzyć podwykonawcom wykonania jakiegokolwiek części zamówienia;
- 5) art. 254 pkt 2) w zw. z art. 255 pkt 2 p.z.p. przez brak unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu;
- 6) art. 16 p.z.p., poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania, poprzez wybór oferty wykonawcy, który nie przedstawił środków dowodowych o charakterze przedmiotowym, wykazujących, że obuwie spełnia wymagania stawiane przez Zamawiającego określone WTU 88/DKWS;

a z ostrożności procesowej, na wypadek braku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w punktach 1)-6) powyżej:

7) art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. poprzez brak wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy LARIX J. P. Spółka Jawna w Bielsku-Białej, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Mając na względzie powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty w postępowaniu w zakresie zadania nr 1 złożonej przez Wykonawcę LARIX, wykluczenia z postępowania Wykonawcy LARIX oraz odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że posiada legitymację do wniesienia odwołania, bowiem występował w charakterze Wykonawcy mającego interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w postaci utraty zamówienia. Nawet odrzucenie oferty Odwołującego nie spowodowało utraty przez niego interesu w uzyskaniu zamówienia, ani nie wykluczyło możliwości poniesienia przez niego szkody, ponieważ w sytuacji, gdy jedyny pozostały w postępowaniu Wykonawca podlegał wykluczeniu, a jego oferta odrzuconemu, to postępowanie winno zostać unieważnione, a nowe postępowanie umożliwiłoby ponowne złożenie prawidłowej oferty przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione w ustawowym 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, zatem przewidziane prawem wymogi formalne zostały spełnione.

W zgłoszeniu przystąpienia wskazano, że oferta odwołującego złożona w zakresie zadania nr, które jest przedmiotem zarzutów i żądań odwołania, została odrzucona, a czynności tej odwołujący nie zaskarżył w terminie. Fakt odrzucenia oferty odwołującego i nie złożenia w związku z tym środka odwoławczego wynika także z treści uzasadnienia odwołania w części wyводу dotyczącego interesu w uzyskaniu zamówienia i statusu wykonawcy.

Tym samym uznano za potwierdzone, że Odwołujący nie kwestionował czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie Zadania nr 1. Odwołujący nie kwestionując czynności odrzucenia jego oferty dąży w istocie do unieważnienia

postępowania - co wynika z treści żądania oraz stanowiska, jakie zawarł w części uzasadnienia interesu we wniesieniu odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że rozpatrywane odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), ponieważ odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony tj. podmiot, który utracił status wykonawcy.

Wskazać należy, że krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej wyznacza przepis art. 505 ustawy pzp zaliczając do niego wykonawcę, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Zatem tylko podmioty wskazane w przepisie mogą zostać uznane za uprawnione do wniesienia odwołania, a tym samym podmioty spoza tego kręgu muszą zostać uznane za nieuprawnione do wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy. W odniesieniu do pojęcia wykonawcy definicja legalna zawarta jest w art. 7 pkt 30 ustawy pzp.

Status wykonawcy, zgodnie z powyższą definicją, wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia i może ulegać zmianie stosownie do etapu postępowania oraz zachowań podmiotu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zauważa, że sam fakt złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Odwołującego nie gwarantuje wykonawcy zachowania niezmiennie

statusu wykonawcy w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez ustawodawcę, co ma także związek z uprawnieniem do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej. Status wykonawcy można bowiem utracić np. w wyniku zaniechania zaskarżenia przez wykonawcę, który złożył ofertę decyzji zamawiającego o odrzuceniu jego oferty lub wykluczeniu go z udziału w postępowaniu.

W sprawie rozpatrywanej należy zauważyć, że zarzuty odwołania nie odnoszą się do czynności odrzucenia oferty Odwołującego; Odwołujący nie kwestionuje tej czynności, a jego odwołania skierowane są na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wymaga odnotowania w tym miejscu, że Odwołujący status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym niewątpliwie posiadał (złożył ofertę, ubiegał się o zamówienie), to jednak, w wyniku własnego zaniechania wobec czynności podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty, status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia utracił. Czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywiera skutki prawne, które przy braku odwołania mają charakter nieodwracalny. Przymiot uczestnika postępowania Odwołujący utracił w momencie, gdy zdecydował się nie kwestionować czynności Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty.

W przedstawionych okolicznościach skład orzekający podzieli zatem stanowisko KIO wyrażone w orzeczeniu z dnia 18 marca 2021 r. KIO 727/21, w którym przywołano także orzecznictwo TSUE, w tym, jak niżej.

W wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 w sprawie *Bietergemeinschaft Technische Gebaudebetreuung GesmbH und Caverion Osterreich GmbH przeciwko Universität für Bodenkultur Wien i VAMED Management und Service GmbH & Co KG in Wien*, 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 być zostać odrzucona. W głosie do ww. orzeczenia TSUE Małgorzaty Sieradzkiej (LEX/el. 2017) - 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.

TSUE w sprawie *Hackermuller* (wyrok 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-249/01 *Werner Hackermuller przeciwko Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) i Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED)*, ECLI:EU:C:2003:359), potwierdziła powyższą tezę, bowiem 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.

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: .....