Sygn. akt: KIO 3799/21

POSTANOWIENIE

z dnia 17 stycznia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 17 stycznia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2021 roku przez odwołującego: M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi M. K. (Zalesie 19, 89-511 Cekcyn), w postępowaniu prowadzonym

przez zamawiającego: Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Lubichowo (ul. Leśna 12, 83-240 Lubichowo)
przy udziale wykonawcy: R. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne R. H. (Buszkowo 75/2, 86-010 Koronowo) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi M. K. (Zalesie 19, 89-511 Cekcyn), i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez odwołującego - M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi M. K. (Zalesie 19, 89-511 Cekcyn) tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego - M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi M. K. (Zalesie 19, 89-511 Cekcyn) na rzecz Zamawiającego - Skarbu

Państwa Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Lubichowo (ul. Leśna 12, 83-240 Lubichowo) kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. 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: .....

Sygn. akt: KIO 3799/21

UZASADNIENIE

Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Lubichowo z siedzibą w Lubichowie (dalej: „Zamawiający" oraz „Nadleśnictwo Lubichowo") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Lubichowo w roku 2022" (Nr postępowania: ZG.270.1.7.2021) (dalej: „postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 29 października 2021 roku pod numerem: 2021/S 211-554190.

W dniu 20 grudnia 2021 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania w pakiecie nr 5 i 6.

W dniu 30 grudnia 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie złożone przez wykonawcę M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi M. K. z siedzibą w Zalesiu (dalej: „Odwołujący") na czynności Zamawiającego tj. na:

1. odrzucenie oferty Odwołującego złożonej na części (pakiety) nr 5 i 6 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp pomimo, iż wadium wniesiono w sposób prawidłowy i zabezpieczało ono interes Zamawiającego;

2. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego oraz na wybór najkorzystniejszej oferty w zakresie części (pakietów) nr 5 i 6.

Odwołujący jako podstawę faktyczną do wniesienia odwołania wskazał zawiadomienie z dnia 20 grudnia 2021 roku o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu dla pakietów nr 5 i 6.

M. K. zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miały wpływ na wynik postępowania tj.:

1. art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 16 pkt 3 oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp - przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na błędne uznanie (z naruszeniem zasad proporcjonalności oraz efektywności wydatkowania środków publicznych), że wadium wniesione przez Odwołującego zostało wniesione w sposób nieprawidłowy;

2. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp - przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej gwarancji wadialnej;

3. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo że Odwołujący prawidłowo wniósł wadium, a jego oferta spełniała wszystkie wymogi formalne określone przepisami ustawy Pzp i postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") oraz merytorycznie była zgodna z treścią SWZ, a w świetle kryteriów oceny ofert była

ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego złożonej na części nr 5 i 6,

2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego złożonej na części nr 5 i 6,

3. nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej dla części nr 5 i 6 w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Dnia 3 stycznia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, złożone przez wykonawcę R. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne R. H. z siedzibą w Buszkowie (dalej: „Przystępujący").

W dniu 14 stycznia 2022 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania z uwagi na jego niedopuszczalność polegającą na uchybieniu terminu do jego wniesienia, ewentualnie - w razie niepodzielenia stanowiska Zamawiającego co do odrzucenia - o oddalenie odwołania w całości.

Nadleśnictwo Lubichowo wskazało, że Odwołujący jako podstawę faktyczną do wniesienia odwołania, wskazał zawiadomienie Zamawiającego z 20 grudnia 2021 roku o wyborze najkorzystniejszej oferty w przetargu nieograniczonym pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Lubichowo w roku 2022" dla pakietów nr 5 i 6. Natomiast w dalszej treści odwołania, M. K. wskazując niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego powołuje się na odrzucenie oferty Odwołującego na części (pakiety) nr 5 i 6 z dnia 30 listopada 2021 roku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Wobec powyższego - w ocenie Zamawiającego - należy stwierdzić, iż czynnością z którą nie zgadza się Odwołujący i którą kwestionuje w odwołaniu jest odrzucenie jego oferty przez Nadleśnictwo Lubichowo. Zamawiający natomiast poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego w dniu 30 listopada 2021 roku, a tym samym termin do złożenia odwołania upłynął w dniu 10 grudnia 2021 roku. Zamawiający stwierdził, że mając na uwadze ustawowe terminy do wniesienia odwołania należy uznać, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Odwołujący odwołanie wniósł w dniu 30 grudnia 2021 roku tj. dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, pomimo, że informację o odrzuceniu jego oferty otrzymał w dniu 30 listopada 2021 roku. W świetle powyższego w uzasadnionej ocenie Zamawiającego brak jest jakichkolwiek podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania, a odwołanie winno podlegać odrzuceniu. Zamawiający tylko i wyłącznie z daleko posuniętej ostrożności procesowej przedstawił pozostałą argumentację przemawiającą również za bezpodstawnością odwołania na płaszczyźnie merytorycznej.

W piśmie z dnia 15 stycznia 2022 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie Pzp, ewentualnie oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron Odwołujący potwierdził, że czynność odrzucenia jego oferty z dnia 30 listopada 2021 roku nie została przez niego zaskarżona. Jednocześnie Odwołujący podniósł, że w jego ocenie termin na złożenie odwołania powinien być liczony od dnia 20 grudnia 2021 roku tj. od dnia, w którym Zamawiający poinformował go o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone (w pakiecie nr 5 i 6), na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał natomiast, że pomiędzy zawiadomieniem z dnia 30 listopada 2021 roku, a wyborem oferty najkorzystniejszej w dniu 20 grudnia 2021 roku, nie zaistniała żadna zmiana w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego. Podstawa faktyczna i prawna odrzucenia oferty złożonej przez M. K. jest tożsama w obu przypadkach. Zamawiający po wysłaniu do Odwołującego w dniu 30 listopada 2021 roku zawiadomienia o odrzuceniu jego oferty w pakiecie nr 5 i 6, procedował ocenę pozostałych ofert, co ostatecznie doprowadziło do rozstrzygnięcia postępowania w dniu 20 grudnia 2021 roku. Zamawiający stwierdził, iż w jego ocenie 10-

dniowy termin na wniesienie odwołania należy liczyć od dnia otrzymania zawiadomienia z dnia 30 listopada 2021 roku. Ponadto Nadleśnictwo Lubichowo podniosło, iż przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego ziściły się już po otwarciu ofert, po ocenie formalnej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega

odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

W dniu 30 listopada 2021 roku o godz. 12:12:09 Zamawiający przesłał do

Odwołującego zawiadomienia, w których Nadleśnictwo Lubichowo poinformowało, że na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp zobowiązane było odrzucić ofertę złożoną przez M. K. w zakresie pakietu nr 5 i 6, z uwagi na nieprawidłowy sposób wniesienia wadium. Zamawiający w treści zawiadomień zawarł uzasadnienie faktyczne dokonanej czynności.

Nadleśnictwo Lubichowo wskazało, że „Gwarancja nr 7/2021 z dnia 19 listopada 2021 r. w punkcie 1 zawiera niezgodną z ustawą z dnia 11 września 2019 roku Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz.U.2021.1129 t.j. z dnia 24 czerwca 2021 r.) podstawę prawną zabezpieczenia oferty w zakresie wadium, gdyż odwołuje się do nieobowiązujących przepisów prawa, a tym samym złożona oferta nie jest zabezpieczona wadium”.
W dokumentacji postępowania znajduje się dokument w postaci potwierdzenia otrzymania przedmiotowych wiadomości przez Odwołującego w dniu 30 listopada 2021 roku o godz. 13:26.

Izba zauważa, że w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone z dnia 20 grudnia 2021 roku została wskazana ta sama podstawa prawna odrzucenia oferty złożonej przez M. K. w pakiecie nr 5 i 6 tj. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, a także uzasadnienie faktyczne dokonanej czynności tożsame jest z uzasadnieniem wskazanym w treści zawiadomienia z dnia 30 listopada 2021 roku.

Izba biorąc pod uwagę dokumentację postępowania oraz oświadczenia złożone przez Zamawiającego w trakcie posiedzenia niejawnego w udziałem stron uznała, iż pomiędzy czynnością odrzucenia oferty Odwołującego w pakiecie nr 5 i 6, o której Odwołujący został poinformowany w dniu 30 listopada 2021 roku, a rozstrzygnięciem postępowania z dnia 20 grudnia 2021 roku nie zaistniały żadne okoliczności, które spowodowałyby zmianę decyzji Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty M. K., w szczególności nie doszło do unieważnienia wyżej wymienionej czynności. Zamawiający, po dokonaniu badania ofert pod kątem wystąpienia okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty (art. 226 ust. 1 ustawy Pzp), następnie dokonał oceny ofert z zastosowaniem kryteriów oceny ofert przyjętych w SWZ i w dalszej kolejności dokonał kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyższe doprowadziło do rozstrzygnięcia postępowania w zakresie pakietu nr 5 i 6 w dniu 20 grudnia 2021 roku. Zamawiający poinformował wówczas wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz

wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, działając zgodnie z dyspozycją przepisu art. 253 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba uznała, że Nadleśnictwo Lubichowo dokonało czynności odrzucenia oferty Odwołującego w pakiecie nr 5 i 6 na wstępnym etapie

postępowania, o czym M. K. został poinformowany pismem z dnia 30 listopada 2021 roku,

które zawierało podstawę prawną i faktyczną odrzucenia. W związku z tym, że odwołanie z

dnia 30 grudnia 2021 roku zostało wniesione m. in. wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego na części (pakiety) nr 5 i 6, Izba wskazuje, że 10-dniowy termin na zaskarżenie tej czynności upłynął w dniu 10 grudnia 2021 roku.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego zostało wniesione po upływie terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, a zatem w tym zakresie ziściła się przesłanka odrzucenia odwołania z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że odwołanie podlega odrzuceniu na

podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 528 pkt 2 ustawy Pzp „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony".

W myśl art. 505 ust. 1 i 2 ustawy Pzp „1. Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, 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. 2. Środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców".

Stosownie do brzmienia przepisu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp „Ilekroć w niniejszej

ustawie jest mowa o: wykonawcy - należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą 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".

Zgodnie z art. 2a ust. 2 zdanie 2 Dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 roku

w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.Urz.UE.L 1989 Nr 395, str. 33 ze zm.):

„Oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania".

Mając na uwadze powyższe w pierwszej kolejności należy wskazać, że ustawodawca w art. 505 ustawy Pzp określił ściśle krąg podmiotów, którym przysługuje prawo do wniesienia środka ochrony prawnej. Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia faktyczne uznać należało, że oferta Odwołującego została odrzucona na wcześniejszym etapie postępowania, o czym M. K. został zawiadomiony w dniu 30 listopada 2021 roku. Czynność ta stała się ostateczna wskutek braku jej zaskarżenia przez Odwołującego w 10-dniowym terminie określonym w ustawie Pzp. W konsekwencji M. K. ostatecznie utracił status wykonawcy w postępowaniu. Zauważenia wymaga, że na dzień złożenia niniejszego odwołania, czyli 30 grudnia 2021 roku Odwołującemu, nie można już było przypisać statusu wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp. Odwołujący utracił również prawo do podważania dalszych czynności w postępowaniu. Odwołujący nie jest zatem ani „wykonawcą" ani określonym w ustawie Pzp „innym podmiotem". Skoro nie może ubiegać się o udzielenie zamówienia, nie może go również uzyskać, niemożliwym jest więc wykazanie przez niego szkody.

Stanowisko uznające, że skuteczne odrzucenie oferty wykonawcy prowadzi do utraty w sposób nieodwracalny statusu wykonawcy w postępowaniu, co przekłada się na postępowanie odwoławcze, w zakresie w jakim niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej, niejednokrotnie przedstawiano w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 9 marca 2016 roku o sygn. akt KIO 287/16, z dnia 14 marca 2017 roku o sygn. akt KIO 365/17, z dnia 11 maja 2017 roku o sygn. akt KIO 811/17, z dnia 26 czerwca 2017 roku o sygn. akt KIO 1181/17, z dnia 24 lipca 2017 roku o sygn. akt KIO 1446/17, z dnia 24 października 2017 roku o sygn. akt KIO 2145/17, z dnia 11 grudnia 2018 roku o sygn. akt KIO 2491/18, z dnia 26 lipca 2019 roku o sygn. akt KIO 1367/19, z dnia 1 kwietnia 2021 roku o sygn. akt 661/21, z dnia 28 czerwca 2021 roku o sygn. akt KIO 1650/21. Pogląd taki znajduje również potwierdzenie w postanowieniu Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008 roku wydanym w sprawie oznaczonej sygn. akt IV Ca 521/08.

Wobec powyższego Izba wskazuje, że w wyniku czynności podjętej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, która następnie nie została w odpowiednim czasie zaskarżona, M. K. utracił trwale status aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem nie jest uprawniony do wniesienia odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Dlatego też Izba na podstawie art. 553 zdanie 2 oraz art. 528 pkt 2 ustawy Pzp

postanowiła, że odwołanie powinno zostać odrzucone, jako złożone przez podmiot

nieuprawniony.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 1 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 2020 r. poz. 2437) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: .....