Sygn. akt: KIO 168/22

POSTANOWIENIE
z dnia 1 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 1 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2022 r. przez R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Refleks Chłodnictwo R. C.,

ul. Sienkiewicza 19, 05-120 Legionowo w postępowaniu prowadzonym przez PGNiG TERMIKA SA, ul. Modlińska 15, 03-216 Warszawa

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Refleks Chłodnictwo R. C., ul. Sienkiewicza 19, 05-120 Legionowo i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Refleks Chłodnictwo R. C., ul. Sienkiewicza 19, 05-120 Legionowo tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 168/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Serwis urządzeń klimatyzacyjnych oraz wentylacyjnych po okresie gwarancyjnym w zakładach PGNiG Termika S.A." określanego także jako; „Wykonanie prac konserwacyjnych, naprawy klimatyzatorów oraz central wentylacyjnych w zakładach PGNiG TERMIKA S.A. na okres 36 miesięcy"", Znak sprawy: 21DOZZ321; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.10.2021 r. pod nr 2021/S 196-512036-2021 przez: PGNiG TERMIKA SA, ul. Modlińska 15, 03-216 Warszawa zwana dalej: „Zamawiającym". Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze. zm.), zwana dalej „NPzp".

W dniu 11.01.2022 r. (za pomocą platformy przetargowej:
) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej:
Mera Technik Sp. z o. o., ul. Ogórkowa 96, 04-998 Warszawa zwana dalej: „Mera

Technik Sp. z o. o.". Jednocześnie, Zamawiający odrzucił m.in. ofertę R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Refleks Chłodnictwo R. C., ul. Sienkiewicza 19, 05-120 Legionowo zwanego dalej: „Refleks Chłodnictwo R. C." albo „Odwołującym" podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 NPzp. Stwierdził, że Odwołujący złożył za pośrednictwem platformy ofertę na „Wykonanie prac konserwacyjnych, naprawy klimatyzatorów oraz central wentylacyjnych, w zakładach PGNiG TERMIKA S.A. na okres 36 miesięcy" jako plik w formacie pdf o nazwie

<refleks_chłodnictwo_oferta_firmy_refleks_chłodnictwo_21dozz320.pdf_2600864.pdf>. Zgodnie z pkt 9.8.1 specyfikacji warunków zamówienia - Instrukcji dla Wykonawców - ofertę należało, pod rygorem nieważności, złożyć w formie elektronicznej, tj. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ponieważ plik z ofertą, o którym mowa powyżej, nie został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, nie może być on traktowany jako oferta złożona zgodnie z art. 63 ust. 1 NPzp w formie zgodnej z warunkami zamówienia oraz Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie. Brak zachowania tej formy oznacza nieważność czynności złożenia oferty. Oferta podlega zatem odrzuceniu jako niezgodna z przepisami ustawy Pzp

oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów - art. 78 Kodeksu cywilnego.

W dniu 20.01.2022 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Refleks Chłodnictwo R. C. wniósł odwołanie na wybór oferty najkorzystniejszej z 11.01.2022 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Odwołanie zostało podpisane przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 18.01.2022 r. udzielonego przez właściciela. Odwołujący wniósł odwołanie na:

1) Czynność wyboru przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty Mera Technik Sp. z o.o., pomimo niespełniania przez ten podmiot warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie Zamawiający błędnie nie wykluczył tego Wykonawcy i nie odrzucił tej oferty w toku postępowania.

2) Zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Mera Technik Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2b oraz 226 ust. 1 pkt 10 NPzp, pomimo że na uchybienia w złożonej ofercie wskazywał Odwołujący w swoich pismach kierowanych do Zamawiającego w dniach 30.11.2021 r. i 10.12.2021 r. i zaniechanie uprzedniego pełnego zbadania dokumentów przedstawianych przez Mera Technik Sp. z o.o. i wykluczenia wykonawcy Mera Technik Sp. z o.o. czym naruszony został art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 NPzp, art. 110 ust. 1 NPzp, art. 112 NPzp, art. 115 NPzp, art. 124 pkt 1 i 2 NPzp, art. 126 NPzp i 128 NPzp, w szczególności art. 128 ust. 5 NPzp oraz art. 139 NPzp.

3) Zaniechanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 139 ust. 4, art. 254 pkt 2 i obligatoryjną przesłankę określoną w art. 255 pkt 2 NPzp wobec braku prawidłowo złożonych ofert

4) Zaniechanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 90 ust. 3 NPzp wobec zaistniałej zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (nazwy postępowania) co istotnie zmienia charakter zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności znacznie zmienia zakres zamówienia

W art. 255 NPzp znajdują się przesłanki obligatoryjnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia - Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co nastąpiło w niniejszym postępowaniu.

Postepowanie Zamawiającego w zakresie wskazanym powyżej jest sprzeczne z interesem Odwołującego, gdyż rażąco narusza:

a) art. 226 ust. 1 pkt 2a, 2b i 2c oraz art. 226 ust. 1 pkt 10) NPzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Wykonawcy Mera Technik Sp. z o.o. i odrzucenia oferty Mera Technik Sp. z o.o. z uwagi na złożenie oferty, która nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co doprowadziło do wyboru tejże oferty jako najkorzystniejszej, czym Zamawiający naruszył art. 239 ust. 1 NPzp.

b) art. 16 pkt 1 i 2 NPzp, poprzez nie zapewnienie zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z niezastosowaniem przepisu art. art. 226 ust. 1 pkt 2a i 2b oraz art. 226 ust. 1 pkt 10) NPzp.

c) art. 139 ust. 4, art. 254 pkt 2 i obligatoryjną przesłankę określoną w art. 255 pkt 2 NPzp

poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia wobec braku prawidłowo złożonych ofert. Mając na uwadze powyższe wnosił o:

1) Uwzględnienie odwołania w całości.

2) Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia postępowania.

3) Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym uiszczonej opłaty od odwołania wraz z kosztami zastępstwa prawnego pełnomocnika i opłaty skarbowej.

Interes Odwołującego.

Jednocześnie wskazał, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w niniejszej sprawie. Odwołujący złożył ofertę na wykonanie usług objętych postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 1 1 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 poz. 1129 z późn. zm.) ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2()21/S 196512036-2021-PL z dnia 08.10.2021 r., Znak sprawy: 21DOZZ321 na „Serwis urządzeń

klimatyzacyjnych oraz wentylacyjnych po okresie gwarancyjnym w zakładach PGNiG Termika S.A." określanego także przez Zamawiającego jako: „Wykonanie prac

konserwacyjnych, naprawy klimatyzatorów oraz central wentylacyjnych w zakładach PGNiG TERMIKA S.A. na okres 36 miesięcy".

Pismami z 30.11.2021 r. i 10.12.2021 r. Odwołujący zażądał odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Mera Technik Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, bardzo szczegółowo wskazując dlaczego przedmiotowa oferta powinna zostać odrzucona i w jakim zakresie istnieje niezgodność oferty z warunkami postępowania przetargowego. Przedmiotowe pisma Odwołującego pozostały bez odpowiedzi, jak również Zamawiający nie dokonał czynności odrzucenia oferty spółki Mera Technik Sp. z o.o. Przeciwnie w dniu 11.01.2022 r. Zamawiający wybrał ofertę Mera Technik Sp. z o.o. jako najkorzystniejszą. W wyniku braku odrzucenia oferty Wykonawcy Mera Technik Sp. z o.o. i poprzez wybór tejże oferty jako najkorzystniejszej, interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku. Gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami NPzp i odrzuciłby ofertę Mera Technik Sp. z o.o., a w konsekwencji unieważniłby postępowanie, Odwołujący mógłby złożyć ofertę w formie prawidłowej w nowym postępowaniu. Odwołujący nie zostałby bezprawnie pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe bezsprzecznie dowodzi istnienia interesu (prawnego i gospodarczego) Odwołującego i legitymuje do wniesienia odwołania. Wskazał, iż KIO na gruncie poprzedniej ustawy Pzp, w wyroku KIO z 29.01.2018 r., sygn. akt: KIO 74/18 uznała, iż wykonawcy mogą mieć interes w dążeniu do wykluczenia wszystkich wykonawców biorących udział w danym postępowaniu, aby umożliwić sobie ubieganie się o dane zamówienie w nowym postępowaniu. Pod pojęciem interesu w uzyskaniu danego zamówienia, zdaniem Izby należy rozumieć interes w zawarciu umowy na konkretny przedmiot zamówienia, nie ma wówczas znaczenia, czy wykonawca dąży do uzyskania tego zamówienia w bieżącym, czy w przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Bowiem jak długo się o nie ubiega i dąży do zawarcia umowy, to posiada interes i może dążyć do wyeliminowania wszystkich wykonawców i unieważnienia postępowania, tak aby móc wystartować w nowym postępowaniu. W uzasadnieniu tego wyroki KIO wskazała: Szerokie rozumienie interesu w uzyskaniu zamówienia było już przedmiotem orzecznictwa Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE). W motywach 27 i 28 wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt C-689/13 Puligenica Facility Esco Trybunał uznał, że wykonawcy mogą mieć interes w dążeniu do wykluczenia wszystkich

wykonawców biorących udział w danym postępowaniu, aby umożliwić sobie ubieganie się o dane zamówienie w nowym postępowaniu. Pogląd ten był już wcześniej prezentowany przez Trybunał w wyroku Fastweb C-100/12 (EU:C 2013:448). TSUE stoi na stanowisku, że interes w uzyskaniu danego zamówienia należy rozumieć jako interes w zawarciu umowy na konkretny przedmiot zamówienia i nie ma znaczenia, czy wykonawca dąży do uzyskania tego zamówienia w bieżącym czy w przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak długo się o nie ubiega i dąży do zawarcia umowy, to ma interes i może dążyć do wyeliminowania wszystkich wykonawców i unieważnienia postępowania, tak aby móc wystartować w nowym postępowaniu. Takie podejście Trybunału ma obecnie dodatkowe uzasadnienie w rozwiązaniach przyjętych w dyrektywach 2014/24/UE oraz 2014/25/UE. "Dane zamówienie" nie jest więc równoznaczne "danemu postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego", lecz "danemu przedmiotowi zamówienia". W ocenie Odwołującego w wyniku naruszenia przepisów Pzp przez zamawiającego, opisanych w odwołaniu, postępowanie powinno zostać unieważnione. Brak unieważnienia postępowania będzie oznaczał wybór wykonawcy PIR niezgodnie z przepisami Pzp, a także doprowadzi do sytuacji, w której odwołujący zostanie pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co w konsekwencji spowoduje u niego szkodę w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby realizując przedmiot zamówienia. W związku z powyższym, odwołujący stwierdził, że niewątpliwie posiada interes w złożeniu odwołania i unieważnieniu postępowania. Dodał, że za najkorzystniejszą została uznana przez Zamawiającego oferta Wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym oferta, która powinna podlegać odrzuceniu. Sprzeczny z ustawą wybór oferty Mera Technik Sp. z o.o. zniweczył szanse Odwołującego na zawarcie umowy z Zamawiającym. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia. Dodatkowo stwierdził, że interes Odwołującego we wniesieniu odwołania wynika także z faktu, że aktualnie to właśnie Odwołujący wykonuje tożsamą umowę na rzecz Zamawiającego, która ma zostać zawarta po zakończeniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi na fakt, że Odwołujący doskonale zna specyfikę branży chłodniczej, materiałów oraz czynności serwisowych oraz prowadzi obsługę Zamawiającego w tym zakresie od 3 lat, wiedział jakie zarzuty postawić w toku postępowania ofercie złożonej przez Mera Technik Sp. z o.o.

Zamawiający w dniu 21.01.2022 r. (za pomocą platformy przetargowej: ) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 31.01.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem elektronicznym) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 NPzp, ewentualnie o oddalenie zarzutów odwołania w całości. Kopia odpowiedzi na odwołanie została przekazana Odwołującemu i Mera Technik Sp. z o.o. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 27.04.2021 r. udzielonego przez P. Z. Cz. Z. osoby ujawnione i umocowane do łącznej reprezentacji zgodnie z załączonym przez Zamawiającego do dokumentacji przesłanej do KIO odpisem pełnym KRS-u.

Jednocześnie, należy podkreślić, że z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłanej przez Zamawiającego wynika, że 24.01.2022 r. Zamawiający otrzymał kopie zgłoszonego przystąpienia firmy Mera Technik Sp. z o.o., nadto 28.01.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) do KIO wpłynęło pismo procesowe Mera Technik Sp. z o.o., który uważa się za Przystępującego po stronie Zamawiającego wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 NPzp. Izba podkreśla, że z uwagi na powyższe okoliczności ponownie zweryfikowała okoliczności formalne sprawy, w tym w szczególności kwestie tego czy Mera Technik Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego i nie stwierdziła (po weryfikacji dwukrotnej 28 i 31.01.2022 r. przez podległe jej jednostki), aby w ustawowym terminie do Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wskazanego wyżej Wykonawcy. Nadto, wobec argumentacji z pisma z 28.01.2022 r. z urzędu rozpoznała wniosek o odrzucenie Mera Technik Sp. z o.o., w zakresie którego odniosła się poniżej w dalszej części. Nadto, identyczny wniosek w swojej odpowiedzi na odwołanie z 31.01.2022 r. postawił Zamawiający, co tym bardziej skutkowało jego rozpoznaniem.

Na podstawie tych dokumentów Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 NPzp, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w dniu 11.01.2022 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej Mera Technik Sp. z o. o. Jednocześnie, w ramach tej samej czynności Zamawiający odrzucił m.in. ofertę Refleks Chłodnictwo R. C. podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 NPzp. Refleks Chłodnictwo R. C. wniósł odwołanie ale nie zaskarżył czynności odrzucenia swojej oferty, a jedynie wybór oferty najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty wybranej. Wnosił także o unieważnienie postępowania, a swój interes upatrywał generalne w nowym postępowaniu.

Zgodnie z art. 528 pkt 2 NPzp: „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.". Zgodnie z art. 505 ust. 1 i 2 NPzp: „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.". Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 30 NPzp: „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.".

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że

Ustawodawca określił ściśle krąg podmiotów, którym przysługuje prawo do wniesienia środka ochrony prawnej. Zgodnie z art. 505 NPzp jest to wykonawca, uczestnik konkursu i 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 oraz organizacje wpisane na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 i Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców. Zgodnie z powyższym 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 NPzp.

W odniesieniu do pojęcia „wykonawcy" definicja legalna zawarta jest w art. 7 pkt 30 NPzp - 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. Tym samym status wykonawcy, zgodnie z powyższą definicją, wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. Podobnie zdefiniowane jest pojęcie „wykonawcy" w ustawie Prawo zamówień publicznych z 2004 roku, a omawiana przesłanka odrzucenia odwołania nie uległa zmianie. W ocenie Izby, przy uwzględnieniu definicji legalnej „Wykonawcy" oraz zbieżności przesłanek odrzucenia wymaga odnotowania, że dotychczasowy dorobek orzecznicy w powyższym zakresie pozostaje aktualny.

Izba podkreśla, że sam fakt złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Odwołującego nie gwarantował i nie gwarantuje wykonawcy zachowania statusu wykonawcy w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez ustawodawcę, a to bezpośrednio wpływa na możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Status wykonawcy można nieodwracalnie utracić - przykładowo - w wyniku zaniechania zaskarżenia przez wykonawcę, który złożył ofertę decyzji zamawiającego o odrzuceniu jego oferty lub wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.

Oferta Odwołującego, została odrzucona z postępowania o udzielenie zamówienia czynnością z 11.01.2022 r. - natomiast zarzuty odwołania nie odnoszą się do czynności

odrzucenia oferty Odwołującego i Odwołujący nie kwestionuje tej czynności Zamawiającego. Zarzuty odwołania nakierowane są na nieprawidłową, w ocenie Odwołującego, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, która to oferta w ocenie Odwołującego powinna zostać

odrzucona z postępowania z uwagi na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2a, 2b i 2c oraz art. 226 ust. 1 pkt 10) NPzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Mera Technik Sp. z o.o. i odrzucenia oferty Mera Technik Sp. z o.o. z uwagi na złożenie oferty, która nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co doprowadziło do wyboru tejże oferty jako najkorzystniejszej, czym Zamawiający naruszył art. 239 ust. 1 NPzp. Nadto, naruszenie przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 NPzp, poprzez nie zapewnienie zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z niezastosowaniem przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2a i 2b oraz art. 226 ust. 1 pkt 10) NPzp, czy też art. 139 ust. 4, art. 254 pkt 2 i obligatoryjną przesłankę określoną w art. 255 pkt 2 NPzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia wobec braku prawidłowo złożonych ofert.

Izba stwierdziła, że Odwołujący w żaden sposób nie przeciwdziałał eliminacji oferty Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, akceptując tym samym ustalenia i ostateczną ocenę swojej oferty dokonaną przez Zamawiającego w ramach czynności z 11.01.2022 r.

Wymaga odnotowania w tym miejscu, że Odwołujący status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w prowadzonym niewątpliwie posiadał (złożył ofertę, ubiegał się o zamówienie), to jednak, w wyniku czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty, której to czynności Odwołujący tym razem nie zakwestionował (przez podniesienie w ramach tego odwołania zarzutów w zakresie odrzucenia ofert lub złożenie odwołania w tym zakresie) status aktywnego uczestnika (wykonawcy) postępowania o udzielenie zamówienia utracił. Czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywiera skutki prawne, które - wobec niewniesienia odwołania - mają charakter nieodwracalny. Przymiot uczestnika postępowania Odwołujący utracił w momencie, gdy zdecydował się nie kwestionować czynności Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania, a zaskarżyć jedynie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy. W efekcie Odwołujący również sam zrezygnował z swojego statusu „wykonawcy" aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, chociażby w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 w sprawie Bietergemeinschaft Technische Gebaudebetreuung GesmbH und Caverion Osterreich GmbH przeciwko Universitat fur 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 była zostać odrzucona. W glosie 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 z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-249/01 Werner Hackermuller przeciwko Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) i Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH fur den Donauraum AG (WED), ECLI:EU:C:2003:359), potwierdza 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.

Skoro nie może ubiegać się o udzielenie zamówienia, nie może go również uzyskać, niemożliwym jest zatem wykazanie przez niego szkody. Odnosząc się natomiast do interesu, którego Odwołujący upatruje w dążeniu do unieważnienia postępowania i ewentualnego uzyskania zamówienia w kolejnym postępowaniu, wskazania wymaga, że Izba, w myśl art. 555 NPzp orzeka w granicach zarzutów odwołania w konkretnym, aktualnie toczącym się postępowaniu. Jak wskazano w postanowieniu KIO z dnia 6 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2722/20: „Tym samym Izba nie jest organem sprawującym nadzór nad zamawiającym, ale organem rozstrzygającym spory pomiędzy uczestnikami postepowania o udzielenie zamówienia publicznego i jej orzeczenie jest wiążące tylko w danej konkretnej

sprawie odwoławczej i pomiędzy stronami, które w tej sprawie występowały. Izba bowiem rozpoznaje postępowanie przygotowawcze do zawarcia umowy cywilnoprawnej w szczególnym reżimie prawnym jakim jest Prawo zamówień publicznych i dlatego jej rozstrzygnięcia nie mają charakteru erga omnes." Stanowisko takie można wywieść z orzeczenia TSUE z dnia 11 maja 2017 r., w sprawie C-131/16 Archus et Gama pkt 59: „Z powyższego wynika, że dyrektywę 92/13 należy interpretować w ten sposób, że 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, w związku z czym pojęcie „danego zamówienia" w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego." Możliwość dążenia do unieważnienia postępowania i ewentualnie uzyskania zamówienia w kolejnym została niewątpliwie powiązana z koniecznością jednoczesnego kwestionowania decyzji o odrzuceniu oferty, tudzież wykluczenia wykonawcy, z której to drogi Odwołujący zrezygnował.

Oznacza to, że możliwość uzyskania zamówienia po unieważnieniu postępowania stanowi konsekwencję pozytywnego rozpatrzenia odwołania czy skargi, w której wykonawca podważa zarówno własne wykluczenie czy odrzucenie oferty ale również inne czynności w postępowaniu dotyczące jedynego konkurencyjnego oferenta.

Dlatego też Izba na podstawie art. 553 zdanie 2 oraz art. 528 pkt 2 NPzp postanowiła, że odwołanie powinno zostać odrzucone, jako złożone przez podmiot nieuprawniony. Izba w przedmiotowych okolicznościach kierowała się także postanowieniem KIO z 18.03.2021 r., sygn. akt: KIO 727/21.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 NPzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego. W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie, tak Izby, jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania Odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 575 NPzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt: XII Ga 517/11).

Przewodniczący: