

POSTANOWIENIE
z dnia 10 października 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 10 października 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2022 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1) L. D. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Usługowo-Handlowe „PAULINKA” ul. Garncarska 5a 59-620 Gryfów Śląski (Lider konsorcjum), 2) R. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa „ROBERTO” ul. Prusa 30-32 59-900 Zgorzelec (Uczestnik konsorcjum 1), 3) R. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa „RICARDO” ul. Górnicza 35 59-900 Zgorzelec (Uczestnik konsorcjum 2), w imieniu których występuje Lider konsorcjum: L. D. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Usługowo-Handlowe „PAULINKA”, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Miejską Zgorzelec

przy udziale wykonawcy LUG Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze ul. Gorzowska 11 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2551/22 po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie 1) L. D. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Usługowo-Handlowe „PAULINKA” ul. Garncarska 5a 59-620 Gryfów Śląski (Lider konsorcjum), 2) R. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa „ROBERTO” ul. Prusa 30-32 59-900 Zgorzelec (Uczestnik konsorcjum 1), 3) R. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa „RICARDO” ul. Górnicza 35 59-900 Zgorzelec (Uczestnik konsorcjum 2), w imieniu których występuje Lider konsorcjum: L. D. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Usługowo-Handlowe „PAULINKA”, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejsze postanowienia - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miejska Zgorzelec prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Modernizacja oświetlenia ulicznego w zachodniej i południowej części województwa dolnośląskiego” (znak postępowania: WZP.271.1.26.2022) zwane dalej „Postępowaniem”. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 11 lipca 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00247505/01.

W dniu 27 września 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum firm: 1) L. D. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Usługowo-Handlowe „PAULINKA” ul. Garncarska 5a 59-620 Gryfów Śląski (Lider konsorcjum), 2) R. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa „ROBERTO” ul. Prusa 30-32 59-900 Zgorzelec (Uczestnik konsorcjum 1), 3) R. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa „RICARDO” ul. Górnicza 35 59-900 Zgorzelec (Uczestnik konsorcjum 2), w imieniu których występuje Lider konsorcjum: L. D. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Usługowo-Handlowe „PAULINKA”, zwanych dalej „Odwołującym” wobec czynności wyboru oferty LUG Services Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oraz zaniechania odrzucenia oferty LUG Services Sp. z o.o., a w konsekwencji zaniechania unieważnienia Postępowania.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający uchybił następującym przepisom ustawy Pzp:

1) art. 239 Pzp ust. 1 w związku z art. 16 ustawy Pzp - poprzez niezasadne i niezgodne

z prawem dokonanie wyboru oferty LUG Services Sp. z o.o. w Zielonej Górze, jako najkorzystniejszej;

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z art. 7 pkt 29 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty LUG Services Sp. z o.o. w Zielonej Górze, mimo iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia;

3) art. 255 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, bowiem wszystkie oferty, w tym oferta LUG Services Sp. z o.o.,

podlegają odrzuceniu,
ewentualnie także:

4) art. 107 ust. 2 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania LUG Services Sp. z o.o. w Zielonej Górze do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

Wskazane powyżej nieprawidłowe działania oraz zaniechania Zamawiającego doprowadziły do naruszenia art. 16 pkt 1 2 ustawy Pzp, z którego wynikają zasady zachowania uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zasada przejrzystości w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty LUG Services Sp. z o.o. w Zielonej Górze;

- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w odwołaniu;
- 3) odrzucenia oferty LUG Services Sp. z o.o. w Zielonej Górze,
- 4) unieważnienia postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia.

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów powołanych w niniejszym odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym. Na podstawie art. 573 Pzp wniósł również o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada Interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Odwołujący bowiem złożył ofertę, co jest przejawem zainteresowania Odwołującego w udzieleniu mu zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy LUG Services Sp. z o.o. w Zielonej Górze, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby potencjalnie liczyć, gdyby Zamawiający unieważnił niniejsze postępowanie, wobec zaistnienia do tego przesłanki ustawowej. Odwołujący, w oparciu o art. 505 ust. 1 Pzp, posiada legitymację do wniesienia odwołania, żądając unieważnienia niniejszego postępowania, aby zapobiec udzieleniu tego zamówienia innemu wykonawcy, zwłaszcza wobec zaistnienia przesłanek do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Zgodnie z rozdziałem IV ust. 9 SWZ, szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia został zawarty w Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w dokumentacji projektowej, w skład której wchodzi:

- 1) Audyt techniczny wraz z załącznikami,
- 2) Opis przedmiotu zamówienia,
- 3) Informacja dotycząca bezpieczeństwa i ochrony zdrowia,
- 4) Przedmiar robót (przedmiar robót jest załączony w celach informacyjnych. Nie może stanowić jedynej podstawy wyceny. Wykonawca jest odpowiedzialny za prawidłowe oszacowanie ilości robót niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia),

- zwanymi w dalszej części SWZ „dokumentacją”, stanowiącą Załącznik nr 6 do SWZ.

W wyjaśnieniach nr 3 z dnia 25 lipca 2022 r., Zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 1, uzupełnił dokumentację, stanowiącą Załącznik nr 6 do SWZ, poprzez dodanie załącznika opisującego minimalne parametry techniczne oprawy wskazanej w załączniku nr 2 do Uzgodnienia z Wojewódzkim Konserwatorem Zabytków, która zgodnie ze Sprostowaniem do Uzgodnienia z Wojewódzkim Konserwatorem Zabytków, pismo znak WI.7021.1.13.2021 z dnia 20 czerwca 2022 r., oznaczona jest jako oprawa ozdobna 1.

W rozdziale V SWZ, Zamawiający określił przedmiotowe środki dowodowe, które miały być złożone wraz z ofertą.

1. Zamawiający żąda, na potwierdzenie, że oferowane roboty budowlane spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych. tj.:

- 1) Obliczeń fotometrycznych w formie elektronicznej zapisanych w formacie pdf i w plikach programu ogólnodostępnego jaki posłuży do obliczeń (edytowalne pliki obliczeniowe) oraz danych rozsyłu opraw zapisanych w formie bazy danych

umożliwiających na ich podstawie dokonanie wyliczeń parametrów oświetleniowych -

pliki w formacie eulumdat (Ldt),

- 2) Deklaracji CE, RoHSE oraz licencji wraz z załącznikami potwierdzającymi listę certyfikowanych komponentów,

- 3) Kart katalogowych zastosowanych oprav oświetleniowych,
- 4) Licencji/certyfikatów ENEC+ wydanych przez jednostkę oceniającą zgodność, wraz z załącznikami potwierdzającymi listę certyfikowanych komponentów lub certyfikat równoważny oferowanych oprav oświetlenia ulicznego lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę,
- 5) Uzupełnionego formularza projektowego, stanowiącego Załącznik nr 1A do SWZ.

Zamawiający wskazał także w dalszej części rozdziału V, że:

4. Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w ust. 1 niniejszego rozdziału, lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający wezwie wykonawcę do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Wezwanie nie będzie miało zastosowania, jeżeli pomimo złożenia danego przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlegać będzie odrzuceniu albo zajądą przesłanki unieważnienia postępowania.
5. Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści danego przedmiotowego środka dowodowego.

Oferta wykonawcy LUG Services Sp. z o.o. nie potwierdza, że oferowane roboty budowlane spełniają wymagania określonych w SWZ. W tym zakresie należy wskazać,

że oferta nie zawierała potwierdzenia wymaganego parametru, określonego w pkt 16 tabeli - Minimalne parametry techniczne - Oprawa ozdobna 1, tj. oznakowania oprawy oświetleniowej znakiem ENEC lub równoważnym oraz parametru określonego w pkt 17 tabeli - deklaracji środowiskowej.

Wymagany certyfikat ENEC jest dokumentem niezwykle istotnym, bowiem przy certyfikacji, stosuje się wytyczne zawarte w normach EN oraz w polskich wersjach norm (PN-EN), które określają wymagania eksploatacyjne dla oprav oświetleniowych LED oraz metody badań i warunki niezbędne do wykazania zgodności z normą. Certyfikaty zawierają, w szczególności, wyniki badań poszczególnych parametrów - podawane są wartości badanych parametrów, a nie tylko same parametry. W niniejszym postępowaniu, w przypadku oprav parkowych, OPZ (s. 10 i nast.) wymaga, aby oprawa posiadała aktualny certyfikat akredytowanego ośrodka badawczego potwierdzający wykonanie wyrobu zgodnie z Normami zharmonizowanymi z Dyrektywą LVD (PN-EN 60598-1/PN-EN 60598-2-3) oraz wymaga zachowania reżimów produkcji i jej powtarzalności, zgodnie z Typem 5 wg ISO/IEC 17067 - certyfikat ENEC lub równoważny. Wykonawca LUG Services Sp. z o.o. nie złożył wymaganego certyfikatu, a Zamawiający nie wezwał go do złożenia powyższego dokumentu. Wobec zaniechania tej czynności, zarówno Zamawiający, jak i Odwołujący nie mają możliwości zweryfikowania czy oferowana przez LUG Services Sp. z o.o. oprawa LUCERA posiada wymagane przez Zamawiającego certyfikaty/deklaracje, jak również parametry. Posługując się wyłącznie ogólnodostępnymi informacjami, w tym szczególnie oficjalną stroną certyfikacji ENEC wynika, że oprawa LUCERA nie widnieje w ogólnodostępnym wykazie certyfikowanych oprav. Wobec powyższego zachodzą przesłanki, że oprawa LUCERA może nie spełniać wymagań w tym zakresie. W tym miejscu należy zaznaczyć, że posiadania przez oprawę certyfikatu ENEC znacząco wpływa również na cenę oprawy.

Oferta LUG Services Sp. z o.o. nie potwierdza też spełnienia parametrów technicznych oprav parkowych LED. W opisie przedmiotu zamówienia, zamawiający precyzyjnie określił cechy wzornicze oprawy oraz wskazał dopuszczalną tolerancję wymiarów (s. 12 OPZ).

W odpowiedzi na pytanie wykonawcy z dnia 15 lipca 2022 r., Zamawiający zwiększył zakres tolerancji do 15%.

W dniu 1 sierpnia 2022 r. Zamawiający dopuścił klosz wykonany ze szkła hartowanego i jednocześnie doprecyzował, że należy zachować wymagany kształt oraz symetryczny montaż oprawy.

Wykonawca LUG Services Sp. z o.o. w swojej ofercie zaproponował oprawę ARTERA, która w przypadku wymaganego montażu symetrycznego, nie spełnia dopuszczalnej wysokości oprawy (645 mm) oraz ma inny kształt niż wymagał Zamawiający. Pozostałe uchwyty montażowe są asymetryczne, zlokalizowane na krawędzi oprawy, więc nie spełniają wymagań w tym zakresie.

W odniesieniu do oprawy ozdobnej 1, w pkt 1 załącznika Minimalne parametry

techniczne - Oprawa ozdobna 1, określono wymóg: Ze względów estetycznych i dla ujednolicenia wyglądu instalacji oświetleniowej na całym oświetlanym obszarze, wymaga się, aby oprawy danego rodzaju (np. parkowe) o różnych mocach posiadały jednakowy kształt. Według załączonego przez firmę LUG Formularza Projektowego (Załącznik nr 1A do SWZ) wykonawca zamierza zastosować dwie różne oprawy LUCERA (prod. LUG) oraz VELENTINO gen. 2 (prod. Schreder). Z uwagi, że Zamawiający określił, iż dla danego rodzaju wymaga jednakowego kształtu, a nie zbliżonego, nie ma możliwości zastosowania różnych typów opraw. Poniższe rysunki opraw obrazują wyraźne różnice w kształcie opraw LUCERA oraz VELENTINO.

Wykonawca LUG Services Sp. z o.o., w ramach odpowiedzi na wezwania do uzupełnienia/wyjaśnienia (z dnia 26 sierpnia 2022 r.), dokonał zmiany treści przedmiotowego środka dowodowego, złożonego wraz z ofertą - Załącznik nr 1A do SWZ - Formularz Projektowy. Jako przykład wskazać należy:

- oprawy LUCERA LED 12W 1500lm 740 O3, zamieniono na LUCERA LED 15W 1850lm 740 O3 (poz. X308, X309);
- oprawy URBINO LED 71W 11000lm 740 O91, zamieniono na URBINO LED 72W 11000lm 740 O91 (poz. od X694 do X751, poz. od X753 do X770);
- oprawy LUCERA LED 12W 1500lm 740 O3, zamieniono na LUCERA LED 18W 2250lm 740 O3 (poz. od X841 do X850);
- oprawy URBINO LED 13W 1600lm 740 MK-14, zamieniono na URBINO LED 16W 2100lm 740 MK-14 (poz. od X1150 do X1153, poz. X1172, poz. od poz. X1237 do X1240);
- oprawy LUCERA LED 18W 2100lm 740 O1, zamieniono na URBINO LED 18W 2400lm 740 MK-14 (poz. od X1428 do 1431).

Zmiana mocy oprawy, czy jej optyki (zaznaczono pogrubioną czcionką), jest de facto zmianą treści oferty. Dodatkowo, wykonawca LUG Services Sp. z o.o., po dokonanych w/w zmianach, nie przedstawił wymaganego pliku LDT dla nowego typu oprawy URBINO LED 72W 11000lm 740 O91.

Wobec powyższego brak w ofercie wskazanych wyżej elementów, które nie podlegają uzupełnieniu, stanowi przesłankę do odrzucenia oferty, jako nieodpowiadającej treści specyfikacji warunków zamówienia. Należy przy tym wskazać, że brakujące, obligatoryjne elementy oferty nie podlegają uzupełnieniu, bowiem stanowią ofertę. Brakujące elementy zawierają dane techniczne świadczenia wykonawcy, a zatem stanowią treść oferty i określają sposób wykonania zamówienia przez oferenta. Ich brak powoduje niezgodność z treścią specyfikacji warunków zamówienia, której nie można usunąć po terminie złożenia ofert.

W dniu 30 września 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca LUG Services sp. z o.o. Ul. Gorzowska 11, 65-127 Zielona Góra, zwany dalej Przystępującym, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 5 października 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp oraz o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym również kosztów związanych z udziałem w postępowaniu odwoławczym pełnomocnika procesowego wg norm prawem przepisanych. Zamawiający wskazał, że w niniejszym postępowaniu odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, ponieważ nie złożył on w przewidzianym terminie przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający dokonując weryfikacji przedmiotowych środków dowodowych złożonych wraz z ofertą przez Odwołującego, stwierdził, iż do oferty nie został załączony formularz projektowy, stanowiący Załącznik nr 1A do SWZ oraz obliczenia fotometryczne.

W związku z powyższym działając na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Odwołujący w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie przekazał Zamawiającemu przedmiotowe środki dowodowe w dwóch skompresowanych folderach (zip) o nazwach: „katalogi” oraz „Zgorzelec_SCH do przetargu2”. Zamawiający dokonując weryfikacji uzupełnionych ww. przedmiotowych środków dowodowych, stwierdził, iż pliki LDT w folderze „Zgorzelec_SCH do przetargu2”, tj. SCH: drogowe, ozdobne1, ozdobne2, parkowe - dot. obliczeń fotometrycznych, nie zostały opatrzone żadnym z podpisów wymaganych w prowadzonym postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że brak kwalifikowanego podpisu elektronicznego lub podpisu zaufanego lub podpisu osobistego na uzupełnianych dokumentach stanowi o ich niezłożeniu, w wyniku czego odrzucił ofertę Odwołującego zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

Odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia do wniesienia odwołania na czynność odrzucenia jego oferty, a tym samym w ocenie Zamawiającego utracił status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu. Utrata statusu wykonawcy skutkuje tym, że nie może on już aktywnie uczestniczyć w przedmiotowym postępowaniu, a przede wszystkim nie ma możliwości skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej na czynności podejmowane przez Zamawiającego, w tym na wybór oferty innego wykonawcy.

W związku z powyższym - w ocenie Zamawiającego- sam Odwołujący pozbawił się wpływu na wynik niniejszego postępowania, w którym już jego oferta nie będzie mogła być wybrana jako najkorzystniejsza.

Wobec powyższego w ocenie Zamawiającego zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony - w przedmiotowym przypadku podmiot, który utracił status wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie. Na podstawie akt postępowania odwoławczego Izba ustaliła, że Odwołujący złożył Zamawiającemu kopię odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia i terminowo uścił wpis od w prawidłowej wysokości na właściwy rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Izba uznała również, iż zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego nastąpiło skutecznie.

Zgodnie z art. 528 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.”

Zgodnie z 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.”

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 30 ustawy Pzp „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 myśl art. 2a ust. 2 zdanie 2 Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r.: 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.

Z treści odwołania wynika w sposób jednoznaczny, że Odwołujący nie kwestionował czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego. Nie kwestionując czynności odrzucenia swojej oferty dąży do unieważnienia postępowania - co wynika ze uzasadnienia interesu we wniesieniu odwołania.

Izba uznała za zasadny wniosek złożony przez Zamawiającego o odrzucenie odwołania i podziela argumentację przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie.

W ocenie Izby złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 528 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, ponieważ odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony - w przedmiotowym przypadku podmiot, który utracił status wykonawcy.

Status wykonawcy w kontekście art. 7 pkt 30 ustawy Pzp wiąże się z czynnym

uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. 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.

Izba stwierdziła, że oferta Odwołującego została odrzucona a Odwołujący w żaden sposób nie przeciwdziałał eliminacji swojej oferty z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, akceptując tym samym ustalenia i ostateczną ocenę oferty dokonaną przez Zamawiającego. Niewątpliwie, Odwołujący status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia posiadał (złożył ofertę, ubiegał się o zamówienie), to jednak, w wyniku czynności podjętej przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty, której to czynności Odwołujący nie zakwestionował (przez podniesienie w ramach tego dowołania zarzutów w zakresie odrzucenia oferty lub złożenie odwołania w tym zakresie) utracił status aktywnego uczestnika (wykonawcy) postępowania o udzielenie zamówienia.

Czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywiera skutki prawne, które - wobec niewniesienia odwołania - mają charakter nieodwracalny. Przmiot 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 ze 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 Gebäudebetreuung GmbH und Caverion Österreich GmbH przeciwko Universität für Bodenkultur Wien i VAMED Management und Service GmbH & Co KG in Wien, Trybunał uznał, że wykonawcy wykluczonymu 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 (por. postanowienie KIO z 18 marca 2021 r. KIO 727/21).

Stanowisko, 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 r., sygn. akt KIO 287/16, z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt KIO 365/17, z dnia 11 maja 2017 r., sygn. akt KIO 811/17, z dnia 26 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1181/17, z dnia 24 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1446/17, z dnia 24 października 2017 r., sygn. akt KIO 2145/17, z dnia 11 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2491/18, z dnia 26 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1367/19. Pogląd taki znajduje również potwierdzenie w postanowieniu Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt IV Ca 521/08.

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 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.

Przewodniczący: