Sygn. akt: KIO 2145/17

POSTANOWIENIE
z dnia 24 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 24 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2017 r. przez wykonawcę **ERBUD S.A. z siedziba w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Miejski Specjalistyczny im. Gabriela Narutowicza w Krakowie z siedzibą w Krakowie,**

wykonawcy przy udziale **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie,** swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zgłaszającego zamawiającego

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.
   2.2 zasądza od wykonawcy **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Szpitala Miejskiego Specjalistycznego im. Gabriela Narutowicza w Krakowie z siedzibą w Krakowie** kwotę **510 zł 00 gr** (słownie: pięćset dziesięć złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu dojazdu pełnomocników na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2145/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Miejski Specjalistyczny im. Gabriela Narutowicza w Krakowie z siedzibą w Krakowie - prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie nadbudowy i rozbudowy Budynku Głównego SMS im. G. Narutowicza w Krakowie dla potrzeb Bloków Operacyjnych - roboty budowlano-instalacyjne wraz z zakupem, dostawą i montażem wyposażenia stałego" w ramach realizacji projektu pn. "Utworzenie Centrum diagnostyki, leczenia i profilaktyki chorób przewodu pokarmowego i gruczołów dokrewnych w SMS im. G. Narutowicza w Krakowie".

Pismem z dnia 2 października 2017 r. Zamawiający poinformował zakończeniu postepowania i dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. W treści pisma Zamawiający wskazał, że za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Mostostal" lub „Przystępujący").

Powyższa czynność została zaskarżona odwołaniem, wniesionym w dniu 12 października 2017 r. przez wykonawcę ERBUD S.A. z siedziba w Warszawie (dalej: „Odwołujący" lub „ERBUD"). Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności oraz zaniechań Zamawiającego:

- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Mostostal,
- z ostrożności - zaniechania wezwania Mostostal do stosownych wyjaśnień i uzupełnień w zakresie potwierdzającym brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz w zakresie potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- zaniechania unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez błędne przyjęcie, że Mostostal dołączył właściwy dokument od producenta systemu do tworzenia elektronicznej dokumentacji pacjenta i wideo rejestracji (VTS Medicai Systems, LLC) potwierdzający, że dystrybutor systemu do tworzenia elektronicznej dokumentacji pacjenta i wideo rejestracji (P.P.U. GROVIS Bogdan Grochowski) jest uprawniony

przez producenta do jego autoryzowanego serwisowania, podczas gdy z dokumentów przedłożonych przez Mostostal wynika, iż przedłożył on dokument od spółki-matki producenta (STERIS HEALTHCARE) a nie od samego producenta (VTS Medicai Systems, LLC), co skutkuje uznaniem, że oferta złożona przez Mostostal jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ") i w konsekwencji podlega odrzuceniu;

2. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez błędne przyjęcie, że Mostostal dołączył właściwy dokument od producenta systemu zabudowy i drzwi, tj. HT Labor + Hospitaltechnik GmbH (dalej: „HT") potwierdzający, że ww. wykonawca będzie posiadał autoryzowany serwis producenta podczas gdy z dokumentów przedłożonych przez Mostostal wynika, iż przedłożył on dokument, który nie obejmuje swoim zakresem całego zaoferowanego systemu zabudowo i drzwi, a ponadto został on wydany przez podmiot nieuprawniony do składania oświadczeń woli w imieniu HT, co skutkuje uznaniem, że oferta złożona przez Mostostal jest niezgodna z treścią SIWZ i w konsekwencji podlega odrzuceniu;
3. art. 7 ust. 1 i ust 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez błędne przyjęcie, że oferta złożona przez Mostostal jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie oferowanej przez ww. wykonawcę windy towarowej D1, podczas gdy winda wskazana przez Mostostal ma wymiary kabiny i wymiary drzwi niezgodne z wymiarami oczekiwanymi przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, co skutkuje uznaniem, że oferta złożona przez Mostostal jest niezgodna z treścią SIWZ i w konsekwencji podlega odrzuceniu;
4. art. 7 ust 1 i ust 3 Pzp w związku z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, przez błędne przyjęcie, że oferta złożona przez Mostostal jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie oferowanej przez ww. wykonawcę windy osobowej D3, podczas gdy winda wskazana przez Mostostal ma wymiary drzwi niezgodne z wymiarami oczekiwanymi przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, co skutkuje uznaniem, że oferta złożona przez Mostostal jest niezgodna z treścią SIWZ i w konsekwencji podlega odrzuceniu;
5. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, przez błędne przyjęcie, że oferta złożona przez Mostostal jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie oferowanej przez ww. wykonawcę agregatu wody lodowej z łagodnym rozruchem, podczas gdy rzeczony agregat wskazany przez Mostostal ma wymiary niezgodne z wymiarami oczekiwanymi przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, co skutkuje uznaniem, że oferta złożona przez Mostostal jest niezgodna z treścią SIWZ i w konsekwencji podlega odrzuceniu;

6. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 87 ust 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2

Pzp w związku z art. 91 ust 1 Pzp, przez wezwanie Mostostal do wyjaśnień w zakresie okresu „Gwarancji w miesiącach” dla sprzętu opisanego w Załączniku nr 1.2.5 do SIWZ (lampy diagnostyczno-zabiegowe) oraz w Załączniku nr 1.2.6 do SIWZ (stacja przeglądowa 40" z licencją DICOM), który to okres gwarancji stanowił kryterium oceny ofert, co doprowadziło do niedozwolonych negocjacji dotyczących złożonej przez Mostostal oferty oraz zmiany jej treści, podczas gdy Zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez Mostostal jako niezgodną z treścią SIWZ z uwagi na okoliczność, iż ww. wykonawca nie wskazał w sposób jednoznaczny okresu „Gwarancji w miesiącach” dla sprzętu opisanego w Załączniku nr 1.2.5 do SIWZ (lampy diagnostyczno-zabiegowe) oraz w Załączniku nr 1.2.6 do SIWZ (stacja przeglądowa 40" z licencją DICOM), a wszelkie wyjaśnienia w powyższym zakresie prowadziły do niedozwolonej zmiany treści oferty, a ponadto miały wpływ na ilość punktów otrzymywanych przez wykonawcę w kryterium oceny ofert „Gwarancja na wyposażenie stałe";

7. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 36a ust. 1 i w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez uznanie przez Zamawiającego, że Mostostal może zlecić podwykonawcom realizację 100% zakresu zamówienia, podczas gdy art. 36a ust. 1 Pzp wyraźnie stanowi, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy a nie całości, co powinno skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez Mostostal z uwagi na jej niezgodność z ustawą Pzp - art. 36a ust. 1, jak i z treścią SIWZ;
8. z ostrożności - art 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z art. 26 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie zweryfikowania czy Mostostal nie podlega wykluczeniu ze względu na ziszczenie się podstaw do wykluczenia podczas, gdy Zamawiający powinien był wezwać Mostostal do wyjaśnień w powyższym zakresie oraz w razie negatywnej odpowiedzi wykluczyć Mostostal ze względu na niewykazanie braku podstaw do wykluczenia;
9. z ostrożności - art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z art. 26 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie zweryfikowania czy Mostostal nie podlega wykluczeniu ze względu na ziszczenie się podstaw do wykluczenia z uwagi na niepotwierdzenie spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 6.2. ppkt 2 SIWZ podczas, gdy Zamawiający powinien był wezwać Mostostal do wyjaśnień w powyższym zakresie oraz w razie negatywnej odpowiedzi wykluczyć Mostostal ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu;

10. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, przez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania pomimo, że oferta złożona przez Mostostal podlega odrzuceniu, chociażby m.in. z uwagi na fakt, że Zamawiający nie wybiera zweryfikowanego wykonawcy mającego wykonać przedmiotowe zamówienie lecz nieznanych mu i niezweryfikowanych podwykonawców, którzy w całości zrealizują przedmiotowe zadanie, podczas gdy Zamawiający powinien był stwierdzić, że tym samym ziściła się podstawa do unieważnienia postępowania opisana w art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. nie złożono żadnej oferty niepodlegającej unieważnieniu co rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania, a nie decydowania się na wybór wykonawcy, który w rzeczywistości nic na tym zadaniu nie będzie wykonywał;
11. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art 146 ust. 6 Pzp w związku z art. 25 ust 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania pomimo, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, która to wada polega na tym, że dokumenty mające potwierdzać, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania Zamawiającego nie mogły zostać przedłożone przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, lecz tylko i wyłącznie przez wykonawcę wybranego przez producenta, któremu to producent przekaże ww. dokumenty, a nie wszystkim wykonawcom na równych i zasadach, gdy konkurencyjnych podczas obowiązkiem Zamawiającego jest

przeprowadzenie postępowania na równych i konkurencyjnych zasadach zgodnie z postanowieniami Pzp, a w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie zabezpieczył z producentem sprzętu, aby w tym postępowaniu tenże producent wydawał każdemu ubiegającemu się o udzielenie zamówienia wykonawcy oświadczenia i wymagane przez Zamawiającego dokumenty na tych samych zasadach i warunkach (za wyjątkiem ceny sprzedaży), co spowodowało, że w tym postępowaniu producent sprzętu poprzez uciążliwe warunki może kreować i decydować oferta, którego wykonawcy zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, zatem jak w tym przypadku dążyć do tego, aby Zamawiający był przymuszony wybrać ofertę droższą.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenie oferty złożonej przez Mostostal,

3. z ostrożności - wezwanie Mostostal do wyjaśnień w zakresie braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu;
4. unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odwołujący twierdził, że posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku zarzucanych działań i zaniechań Zamawiającego doszło do wyboru oferty, która powinna zostać odrzucona. W związku z tym, w przedmiotowym postępowaniu nie pozostaje już żadne oferta, która nie podlega odrzuceniu, a w konsekwencji niniejsze postępowanie podlega unieważnieniu. Oferta złożona przez Odwołującego została odrzucona na skutek wydania wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 1774/17. Gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami Pzp, to odrzuciłby ofertę złożoną przez Mostostal i unieważniłby przedmiotowe postępowanie, na skutek czego zmuszony by był przeprowadzić kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Wówczas Odwołujący mógłby się ubiegać o udzielenie zamówienia w ramach powtórzonego postępowania. Tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia może ponieść i poniósł szkodę. Należy w tym miejscu podnieść, że zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 w sprawie Archus interes w uzyskaniu danego zamówienia rozumianego jako dany zakres zadania należy rozumieć szeroko i wykonawca, którego oferta została odrzucona ma prawo i interes we wnoszeniu odwołania mającego na celu unieważnienie postępowania. W przedmiotowym orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości zostało wprost wskazane, że „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 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, zmienionej dyrektywą 2007/96, może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Analogiczne stanowiska zostały wyrażone w wyrokach Trybunału Sprawiedliwości w następujących sprawach:

- w sprawie SAG ELV Slovensko i in., C-599/10,

- w sprawie Manova, C-336/12,
- w sprawie Puligienica Facility Esco SpA (PFE) przeciwko Airgest SpA, C-689/13,
- w sprawie C-355/15 (Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH),
- w sprawie C-100/12 (Fastweb).

Także Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że istnieje interes we wniesieniu odwołania na unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego co znalazło swoje odzwierciedlenie w wyroku o sygn. akt KIO 1254/17, w wyroku o sygn. akt KIO 1556/16, w wyroku o sygn. akt KIO 2395/15 czy też w wyrokach, które stanowią o tym, że należy dokonywać proeuropejskiej wykładni przepisów prawa krajowego w zakresie możliwości korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Takie stanowisko zostało wyrażone w wyroku KIO o sygn. akt KIO 1556/16, jak również w wyroku o sygn. akt KIO 2099/16.

Zdaniem Odwołującego w związku z powyższym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości jak również orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej należy stwierdzić, że interes we wniesieniu odwołania należy rozumieć szeroko jako interes w uzyskaniu danego zamówienia, czyli konkretnego przedmiotu zamówienia, a nie samej procedury służącej do udzielenie tegoż zamówienia czyli konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec tego niewątpliwie Odwołujący ma interes w uzyskaniu tego konkretnego przedmiotu zamówienia polegającego na wykonaniu nadbudowy i rozbudowy Budynku Głównego SMS im. G. Narutowicza w Krakowie dla potrzeb Bloków Operacyjnych - roboty budowlano-instalacyjne wraz z zakupem, dostawą i montażem wyposażenia stałego w ramach realizacji projektu pn. „Utworzenie Centrum diagnostyki, leczenia i profilaktyki chorób przewodu pokarmowego i gruczołów dokrewnych w SMS im. G. Narutowicza w Krakowie".

Zdaniem Odwołującego, gdyby Zamawiający podejmował czynności zgodne z przepisami Pzp, oferta Mostostal zostałby odrzucona, a postępowanie unieważnione. Zamawiający wszczęłby zaś nowe postępowanie dotyczące zakresu tego zamówienia, o udzielenie którego mógłby udzielać się Odwołujący. Powyższe niezbicie dowodzi istnienia interesu Odwołującego i - w myśl art. 179 ust. 1 Pzp - legitymuje do wniesienia odwołania. Odwołujący wskazywał nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów Pzp niewątpliwie ma istotny wpływ na wynik postępowania, zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Mostostal. Izba, wobec spełnienia przesłanek określonych przepisem art. 185

---

ust. 2 Pzp, dopuściła Mostostal do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 189
ust. 2 pkt 2 Pzp stwierdzając, że zostało ono wniesione przez podmiot, który nie posiadał statusu wykonawcy w postępowaniu. Również Przystępujący podzielił stanowisko Zamawiającego wnosząc o odrzucenie odwołanie.

Odwołujący wniósł o oddalenie ww. wniosków, zgłoszonych przez Zamawiającego i Przystępującego. Ponadto ERBUD wycofał zarzut nr 8, zawarty w odwołaniu. W pozostałym zakresie podtrzymał zarzuty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

W dniu 21 sierpnia 2017 r. wykonawca Mostostal - w ramach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1774/17 - wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
(1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy ERBUD, jako nieodpowiadającej treści SIWZ, z powodu niesłusznego uznania przez Zamawiającego za spełniające wymagania parametryczne SIWZ zaoferowanych przez wybranego wykonawcę sprzętów i urządzeń medycznych, ujętych w Wykazie wyposażenia stałego i urządzeń (załącznik nr 9 do SIWZ) i załącznikach do Wykazu będących Arkuszami Informacji Technicznej oraz dołączonych doń oświadczeniach i dokumentach ich dostawców mających potwierdzać oceniane parametry wyposażenia stałego w zakresie:
a) załącznika 1.2.3, poz. 33 tabeli parametrów granicznych: wymóg dotyczący regulacji średnicy pola operacyjnego uchwytu centralnego do lampy operacyjnej POWERLED, PWD 77 DF HD R produkcji MAQUETSAS,

b) załącznika 1.2.5, poz. 15 tabeli parametrów granicznych: wymóg dotyczący

temperatury barwowej światła głównego lampy diagnostyczno - zabiegowej LUCEA 50 produkcji MAQUET SAS;

(2) a) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty ERBUD jako nieodpowiadającej treści SIWZ z powodu niespełnienia wymogu dotyczącego zapewnienia

autoryzowanego serwisu producenta zabudowy systemowej i drzwi oraz niezłożenia dokumentu potwierdzającego autoryzację producenta w tym zakresie, o których mowa w załączniku nr 1.1 do SIWZ, pkt 14 tabeli zawierającej ,,Zestawienie uzupełniających parametrów i warunków wymaganych dla wykonania sal operacyjnych, sal przygotowania lekarzy / pacjenta, sale wybudzeń, korytarze", które winny być złożone przez wykonawcę zgodnie z pkt 8.9 pkt 2 tabeli pt. „Wymagany dokument" i pkt 8.13.4 do SIWZ, a także art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w związku z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy ERBUD z postępowania za podanie informacji wprowadzającej Zamawiającego w błąd w zakresie posiadania autoryzowanego serwisu producenta zabudowy systemowej i drzwi oraz wymaganego dokumentu autoryzacji producenta, co wykonawca ten świadomie wykazał w „Zestawieniu uzupełniających parametrów i warunków wymaganych dla wykonania sal operacyjnych, sal przygotowania lekarzy i pacjenta, sale wybudzeń, korytarze" i informacja ta jako potwierdzająca spełnianie wymagań Zamawiającego miała wpływ na decyzję wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo faktycznego niedysponowania rzeczonym serwisem ani dokumentem autoryzacji przez wybranego wykonawcę, z zastrzeżeniem braku możliwości wezwania do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust 3 Pzp z powodu podania informacji nieprawdziwych,

a w przypadku nieuznania zarzutu w zakresie pkt 2 lit a), Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:
b) art 26 ust. 3 Pzp w zakresie zaniechania wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów, o których mowa w Załączniku nr 1.1 do SIWZ;
(3) art 8 ust. 1 i 3 oraz art 96 ust 3 Pzp w związku z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003r., nr 153 poz. 1503 z późn. zm.), zwanej dalej „UZNK", oraz art 179 i nast. Pzp, poprzez utrzymanie skuteczności utajnienia dokumentów zawartych w ofercie wybranego wykonawcy, pomimo podjęcia przez Zamawiającego decyzji o ich ujawnieniu w odniesieniu do części oferty oraz o utrzymaniu tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do pozostałych dokumentów, pomimo niespełnienia przez zastrzeżone informacje przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, co wpłynęło na ograniczenie możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej i podnoszenia zarzutów w zakresie utajnionej oferty zawierającej informacje mogące potwierdzać niespełnienie wymagań Zamawiającego W zakresie oferowanych sprzętów i urządzeń medycznych oraz innych elementów wyposażenia;
(4) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp, przez dokonanie wyboru oferty ERBUD jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, ponieważ

oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, co potwierdza również naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a także z powodu nieprawidłowego naliczenia punktów za zaoferowanie tego samego urządzenia, co w ofercie ERBUD stanowiącego element wyposażenia, o którym mowa w załączniku nr 1.2,8 pkt 29 do SIWZ;

W związku z powyższym Mostostal wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
(1) uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez ERBUD jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
(2) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert, a w jej następstwie - nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ERBUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako nieodpowiadającej treści SIWZ i/lub wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp, w związku z potwierdzeniem się zarzutu ujętego w pkt 1

i/lub 2 niniejszego odwołania, z zastrzeżeniem ewentualnego wezwania do uzupełnienia dokumentów z załącznika nr 1.1. do SIWZ na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w przypadku nieuznania zarzutów co do nieprawdziwości informacji,
a także nakazanie Zamawiającemu ponownej weryfikacji punktów przyznanych za spełnienie wymagań parametrycznych zaoferowanego urządzenia, stanowiącego element wyposażenia, o którym mowa w załączniku nr 1.2.8 pkt 29 do SIWZ w sposób zgodny z art. 91 ust. 1 Pzp oraz z poszanowaniem zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp;
(3) w przypadku nieuznania żądania ujętego w punkcie poprzednim - o nakazanie odtajnienia niesłusznie nieudostępnionej wykonawcom do wglądu utajnionej części oferty ERBUD zawierającej informacje niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 pkt 4 UZNK, co uniemożliwiło skuteczne podnoszenie zarzutów wobec treści oferty wybranego wykonawcy w tym zakresie, pomimo występowania w niej informacji zawierających potwierdzenie niespełnienia wymagań SIWZ w zakresie oferowanych sprzętów i urządzeń medycznych oraz innych elementów wyposażenia, co pośrednio potwierdzają ujawnione w postępowaniu oświadczenia i dokumenty zawarte w ofercie tego wykonawcy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca ERBUD, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Mostostal w piśmie z dnia 29 sierpnia 2017 r., złożonym do akt postępowania, oświadczył, że nie podtrzymuje zarzutu w zakresie oceny i punktowania parametrów, dotyczących urządzenia, wykazanego w załączniku nr 1.2.8 pkt 29 do specyfikacji i naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp.

Zamawiający na posiedzeniu oświadczył, że w związku z niepodtrzymaniem zarzutu przez Mostostal, w zakresie oceny i punktowania parametrów, dotyczących urządzenia, wykazanego w załączniku nr 1.2.8 pkt 29 do specyfikacji i naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, uwzględnia pozostałe zarzuty odwołania. Ponieważ w przepisach Pzp nie przewidziano w postępowania odwoławczym czynności polegającej na ,,niepodtrzymaniu zarzutów", Izba uznała, że Mostostal zarzuty te wycofał.

ERBUD wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego pozostałych zarzutów odwołania. Wobec braku zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Pzp, rozpoznano odwołanie na rozprawie w granicach zarzutów, co do których wniesiono sprzeciw.

Wyrokiem z dnia 1 września 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1744/17 Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert, oraz nakazała odrzucenie oferty wykonawcy ERBUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp a pozostałe niewycofane zarzuty oddaliła. Umarzyła zaś postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, przez nieprawidłowe przyznanie punktów za zaoferowanie urządzenia w ofercie wykonawcy ERBUD.

Z ustaleń Izby wynika, że orzeczenie w sprawie o sygn. akt KIO 1744/17 wraz z uzasadnieniem Odwołujący otrzymał w dniu 12 września 2017 r. (kopia zwrotnego potwierdzenia odbioru znajdująca się w aktach sprawy).

W toku posiedzenia z udziałem stron w rozpoznawanej sprawie Odwołujący oświadczył, że nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia do zaskarżenia ww. orzeczenia. Poinformował jedynie, że w tej sprawie wnosił do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zaskarżenie wyroku. Izba ustaliła także, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych również nie zaskarżył orzeczenia zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 1744/17.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, w ustalonym stanie faktycznym, odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, w świetle którego Izba odrzuca odwołanie wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Zgodnie z art. 179 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp, w tym odwołanie, przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, z tym zastrzeżeniem, że wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują one również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym tylko podmioty wskazane w tym przepisie mogą zostać uznane za uprawnione do wniesienia odwołania, stąd *a contrario* podmioty niezaliczające się do tego grona, uznane muszą zostać za nieuprawnione do wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie musi zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z art. 2 pkt 11 Pzp przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Według art. 2 pkt 11 Pzp, status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący złożył Zamawiającemu ofertę. Niewątpliwym jest, że status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego pierwotnie Odwołujący posiadał. Niemniej jednak, w wyniku czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego, będących wynikiem zaakceptowania przez stronę Zamawiającą orzeczenia Izby, które następnie nie zostało przez Odwołującego w odpowiednim czasie zaskarżone do właściwego Sądu Okręgowego, Odwołujący status aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia utracił.

Izba podziela stanowisko przedstawione w uzasadnieniu postanowienia z dnia 4 lipca 2013 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1500/13 oraz w postanowieniu z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie o sygn.. akt. KIO 287/16, które zdaniem Izby pozostaje aktualne, w którym zauważono, że „ (…) *W postanowieniu z 19 marca 2012 r. sygn. akt IX Ga 39/12 (niepubl.)*

Sąd Okręgowy w Lublinie wskazał, że w pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza winna ocenić, czy odwołanie zostało wniesione przez podmiot do tego uprawniony.

Izba zważyła, że odwołujący nie kwestionuje czynności wykluczenia go z postępowania. Czynność wykluczenia wywiera zatem skutki prawne, które – wobec nie wniesienia skargi do Sądu Okręgowego na wyrok Izby z 10 czerwca 2013 r.

- mają charakter nieodwracalny. Odwołujący nie jest już uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, zatem odwołanie jako wniesione przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Prezentowana wykładnia przywołanego przepisu, mającego zastosowanie nie tylko do złożenia odwołania przez niewłaściwie umocowanego pełnomocnika odwołującego, ale również do okoliczności, w których podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej nie może uczestniczyć w postępowaniu odwoławczym, gdyż sam jest podmiotem do tego nieuprawnionym, została podniesiona w doktrynie (vide: J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV).

Pogląd, iż niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, który został skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu, a tym samym utracił status uczestnika tego postępowania, znalazł również potwierdzenie w postanowieniu Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008r. sygn. akt IV Ca 521/08 (niepubl.). W uzasadnieniu tego postanowienia Sąd Okręgowy stwierdził, że odwołanie wniesione przez taki podmiot podlega odrzuceniu, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Analogiczny pogląd wywiedziony został także w postanowieniu Izby z dnia 18 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1176/09) oraz z dnia 5 kwietnia 2011 r., (sygn. akt: KIO 842/11, KIO 844/11), w których Izba za nieuprawniony uznała podmiot, któremu nie służy

przymiot wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, na którym zostaje złożony środek ochrony prawnej".

Tożsame stanowisko wynika z postanowienia Izby z dnia 9 marca 2015 roku (sygn. akt KIO 341/15).

Sytuację tę zrównać należy w ocenie Izby z przypadkiem, w którym oferta złożona przez wykonawcę, biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, została przez Zamawiającego odrzucona na skutek wykonania wyroku Izby, a czynność ta z uwagi na wyczerpanie trybu odwoławczego (odwołanie do Prezesa KIO, następnie brak zaskarżenia wyroku Izby do właściwego Sądu Okręgowego) stała się ostateczna. Ustawa Pzp w sposób wyraźny wyłącza możliwość odwoływania się wobec czynności dokonanych przez Zamawiającego w wykonaniu wyroku Izby. Czynność taka nie może zostać

---

podważona na drodze wniesienia do Prezesa Izby kolejnego odwołania wobec tej właśnie czynności. Już
z samego faktu jej dokonania w wykonaniu wyroku Izby nakazującego jej podjęcie staje się ona niezaskarżalna. Stąd też z chwilą realizacji przez Zamawiającego takiej czynności (wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia złożonej przez niego oferty), podmiot, do którego
czynność ta bezpośrednio się odnosi, traci status aktywnego wykonawcy – przestaje on z tą chwilą czynnie uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tym samy nie może już uzyskać zamówienia w danym postępowaniu ani tez skutecznie kwestionować innych czynności podejmowanych przez Zamawiającego.

Podkreślenia wymaga, że rozpoznawanej sprawie nie tylko Odwołujący - na podstawie art. 198a i 198b Pzp - nie skorzystał z uprawnienia przysługującego do zaskarżenia wyroku Izby z dnia 1 września 2017 r., sygn. akt KIO 1744/17. Również Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, na podstawie art. 198b ust. 4 Pzp, pomimo wniosku wykonawcy ERBUD nie zaskarżył ww. wyroku Izby.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, zasadzającą się na tym, że wykonawcy ERBUD, pomimo tego, że jego oferta została skutecznie odrzucona, przysługują środki ochrony prawnej jako podmiotowi, który chciałby czuwać nad poprawnością prowadzenia postępowania, Izba uznała za chybioną. Izba stanęła na stanowisku, że w omawianym stanie faktycznym wraz z upływem terminu na wniesienie skargi i brakiem zaskarżenia wyroku przez wykonawcę ERBUD utracił on status „aktywnego" wykonawcy, a tym samym nie może już kwestionować wyboru oferty najkorzystniejszej, a także podnosić zarzutów względem oferty wykonawcy Mostostal.

W zakresie powoływanych przez Odwołującego wyroków Izby, to wskazać należy, że zapadły one w odmiennych stanach faktycznych, a tym samym nie mogą one mieć bezpośredniego przełożenia w rozpoznawanej sprawie.

Natomiast odnosząc się do powołanego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, to Izba doszła do przekonania, że orzecznictwo Trybunału nie sprzeciwia się temu, aby wykonawca, który został ostatecznie wykluczony przez Zamawiającego lub jego oferta została ostatecznie odrzucona przez Zamawiającego, a który wciąż może skorzystać z uprawnienia do złożenia skargi lub też z tego uprawnienia skorzystał, ale jeszcze nie został wydany ostateczny wyrok właściwego Sądu Okręgowego, mógł zakwestionować chociażby dokonany przez Zamawiającego wybór najkorzystniejszej oferty czy też czynność unieważnienia postępowania.

Izba stanęła na stanowisku, że słusznie twierdził Zamawiający, że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, chociażby w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15, Trybunał 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 o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany." Wobec tego 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 w następstwie podnoszonego naruszenia prawa UE lub przepisów krajowych (dokonujących transpozycji). Interesu we wnoszeniu środka ochrony prawnej nie ma oferent ostatecznie wykluczony z postepowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Rację ma również Przystępujący, który stwierdził, że stan faktyczny sprawy będącej przedmiotem wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C - 131/16 Archus et Gama potwierdza, iż odrzucony w tym przypadku wykonawca nie zgadzając się z decyzjami instytucji zamawiającej, dokonał ich zaskarżenia, odmiennie niż w przypadku wykonawcy ERBUD, który świadomie zaniechał wyczerpania dopuszczonego ustawowo trybu odwoławczego i wniesienia środków zaskarżenia do sądu powszechnego. Zatem stan faktyczny w omawianej sprawie jest zgoła 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 nowego wyboru najkorzystniejszej oferty, w świetle zaniechania wyczerpania dopuszczalnego ustawowo trybu odwoławczego w odniesieniu do odrzucenia własnej oferty po pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty. Powyższe jednoznacznie pozbawia Odwołującego możliwości skutecznego ubiegania się o zamówienie w prowadzonym aktualnie trybie jego udzielenia i czyni go podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało charakteru merytorycznego rozstrzygnięcia przedmiotu sporu, a odnosiło się do zbadania formalnych przesłanek skuteczności złożonego środka ochrony prawnej, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238).

Przewodniczący: ……