

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 21 sierpnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, w dniu 21 sierpnia 2024 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2024 roku przez wykonawcę *Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego z siedzibą we Wrocławiu*

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego *Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Zielonej Górze*

przy udziale uczestnika po stronie Odwołującego P.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.W. Pracowania Archeologiczno – Konserwatorska ARCHEOPLAN z siedzibą w Krakowie

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego I.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ASINUS I.M. z siedzibą w Warszawie

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę *Fundację Dziedzictwa Archeologicznego z siedzibą we Wrocławiu* i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 2866/24

Uzasadnienie

Zamawiający – *Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Zielonej Górze* prowadzi postępowanie pod nazwą: *Umowa ramowa na wykonanie badań archeologicznych na terenie inwestycji drogowych prowadzonych przez GDDKiA Oddział w Zielonej Górze wraz z opracowaniem wyników badań.*

Nr postępowania: O/ZG.D-3.2411.1.2024

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: Numer publikacji ogłoszenia: 173898-2024 Numer wydania Dz.U. S: 59/2024 Data publikacji: 22/03/2024.

W dniu 9 sierpnia 2024 roku wykonawca *Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego*

z siedzibą we Wrocławiu, działając na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: ustawy, ustawy Pzp) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego:

–nieprawidłowym wyborze wykonawcy,

–nie odrzuceniu oferty ASINUS I.M. al. Solidarności 129/131/40, 00 – 898 Warszawa mimo, że zachodziły przesłanki (wykluczenia) odrzucenia,

i w związku z tym nastąpiło naruszenie przepisów ustawy polegających na:

–zaniechaniu unieważnienia postępowania w związku z brakiem ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy, art. 16 pkt 1 ustawy, art. 112 ust. 1 ustawy Pzp i art. 116 ust. 1 ustawy Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania, przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty ASINUS I.M. jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału

w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, obejmujących dysponowanie potencjałem kadrowym, w zakresie terminu realizacji badań, powierzchni badanych stanowisk oraz pełnienia funkcji kierownika badań

na stanowiskach, którymi mieli się wykazać kandydaci na kierowników badań;

2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej: „ztku”), a także art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, mające istotny wpływ na wynik postępowania, przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty ASINUS, która to oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegających na podaniu w celu

przysporzenia korzyści majątkowej (tj. uzyskania zamówienia) wbrew prawu i dobrym obyczajom, niezgodnych z prawdą informacji

w wykazie osób złożonym Zamawiającemu w postępowaniu, z których wynikało,

że kandydaci na kierowników badań posiadają kwalifikacje, jakich wymagał Zamawiający, gdy złożone w tym wykazie zapewnienia nie są zgodne

z rzeczywistością.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny oferty oraz odrzucenia oferty ASINUS I.M. al. Solidarności 129/131/40, 00 – 898 Warszawa,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania przetargowego,
- zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, tj. kosztów wpisu w wysokości 15.000,00 zł, kosztów pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem na rozprawę,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie.

Odwołujący podał, że ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazał, iż w wyniku naruszenia przywołanych przepisów ustawy Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ oferta ASINUS I.M. została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo, że narusza przepisy ustawy Pzp. Zamawiający wybrał ofertę tylko jednego Wykonawcy do zawarcia umowy ramowej (dopuszczał zawarcie umowy z większą liczbą uczestników postępowania). Odrzucenie oferty Asinus I.M. będzie skutkowało unieważnieniem postępowania przetargowego, a w konsekwencji Zamawiający będzie zmuszony rozpiścić nowe postępowanie na umowę ramową, w którym Odwołujący będzie mógł wziąć udział.

Zatem szkoda Odwołującego odpowiada kwocie zysku jaką Odwołujący utracił na skutek braku możliwości uczestniczenia w realizacji zamówień cząstkowych.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2024 roku Odwołujący przesłał dowody do odwołania oraz pismo GDDKiA Oddział w Szczecinie z dnia 14 sierpnia 2024 roku.

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 uiszczył wpis od w prawidłowej wysokości na właściwy rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Izba ustaliła, na podstawie akt postępowania odwoławczego, w oparciu o pismo Zamawiającego z dnia 30 lipca 2024 roku (znak sprawy O/ZG.D-3.2411.1.2024, znak pisma O/ZG-D-3.2411.1.12.2024.ab), Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej”, że

W przedmiotowym postępowaniu złożono 4 oferty.

Poniżej wykaz Wykonawców, którzy złożyli oferty wraz z informacją zawartą w ofertach na temat ceny, doświadczenia kierownika badań, zaangażowania personelu wykonawcy, punktów przyznanych za kryteria oraz łącznej liczby punktów.

Nr ofert	Nazwa albo imię i nazwisko, siedziba albo miejsce zamieszkania i adres jeżeli jest miejscem wykonywania działalności Wykonawców	Cena OFERTY brutto (C) (zł)	Liczba punktów Kryterium: „C” Cena	Liczba punktów Kryterium: „D” Doświadczenie kierownika badań	Liczba punktów Kryterium: „Z” Zaangażowania personelu wykonawcy	Łączna ilość punktów
1	ASINUS Igor Maciszewski, al. Solidarności 129/131/40 00-898 Warszawa NIP: 5252313020	12 755 127,43	60,00 pkt	Wykazano 9 kierowników 27,00 pkt	Wykazano 8 archeologów 8,00 pkt	95,00
2	Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego ul. Jagiellończyka 36/6, 50-239 Wrocław NIP: 8943054746	5 529 268,81		N I E OCENIANO ODRZUCONA	OFERTA	

3	APB THOR sp. z o.o Al. Reymonta 21, 62-200 Gniezno NIP: 7842490847	7 305 113,91	N I E OCENIANO OFERTA ODRZUCONA
4	Pracownia ArcheologicznoKonserwatorska Archeoplan, ul. Do Wilgi 20/5, 30-419 Kraków NIP: 8661568078	5 548 902,78	N I E OCENIANO OFERTA ODRZUCONA

Na podstawie powyższych informacji Izba ustaliła, że oferta Odwołującego została odrzucona z postępowania, a Odwołujący nie kwestionuje podstaw odrzucenia swojej oferty w złożonym w dniu 9 sierpnia 2024 roku odwołaniu.

Z treści odwołania wynika w sposób jednoznaczny, że Odwołujący nie kwestionował czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego, a Odwołujący nie kwestionując czynności odrzucenia jego oferty dąży do unieważnienia postępowania – co wynika z wniosku jaki złożył „*nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania przetargowego*” oraz stanowiska jakie zawarł w części uzasadnienia interesu w uzyskaniu zamówienia.

Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy, że na podstawie **art. 528 pkt 2 ustawy** Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

- art. 7 pkt 30 ustawy - Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o:

- wykonawcy - należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego;

- art. 505 ust. 1 ustawy - 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.

- art. 505 ust. 2 ustawy - 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 , oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców.

Izba stwierdziła, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 528 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.) ponieważ odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony – w przedmiotowym przypadku podmiot, który utracił status wykonawcy.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 528 pkt 2 ustawy nakłada obligatoryjną przesłankę odrzucenia odwołania jeżeli Izba stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Krąg podmiotów nieuprawnionych do wniesienia odwołania wytyczony został przez ustawodawcę w ten sposób, że wskazane zostały podmioty uprawnione do wniesienia odwołania na określonym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, każdy podmiot, który nie mieści się w kręgu podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania będzie podmiotem nieuprawnionym.

Izba wskazuje, że krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej wyznacza przepis art. 505 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej „ustawy”), zaliczając do niego wykonawcę, uczestnika konkursu, a także 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 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. 469 pkt 15 ustawy oraz Rzecznikowi 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 ustawy. Tym samym, nie każdy podmiot jest uprawniony do skutecznego wniesienia odwołania.

Kluczowe znaczenie dla określenia kręgu podmiotów uprawnionych do skutecznego wniesienia odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy, ma moment wniesienia odwołania tj. czy odwołanie zostaje wniesione przed terminem składania ofert w postępowaniu

o udzielenie zamówienia, czy też odwołanie zostaje wniesione po terminie składania ofert.

Po terminie składania ofert oraz dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia krąg podmiotów uprawnionych do skutecznego złożenia odwołania zostaje zakreślony (ograniczony) do podmiotów, jakie złożyły oferty w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym i w tym zakresie krąg ten może doznaje ograniczenia jedynie do tych podmiotów, które określa ustawa ww. przepisie. Gdyby chciał rozumieć ten przepis w inny sposób, szerzej przez odniesienie do nieokreślonego kręgu podmiotów to w ocenie Izby prowadziłyby do absurdalnej sytuacji, w której każdy podmiot, na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia mógłby kwestionować wszelkie czynności i zaniechania Zamawiającego. Jak również taka interpretacja byłaby wprost niezgodna z obowiązującymi przepisami.

Wymaga wskazania w tym miejscu, że wykonawcą zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej

i ten zakres określenia kręgu podmiotowego pokrywa się z podnoszonym w doktrynie zakresem „innego podmiotu” wskazanego w art. 505 ust. 1 ustawy – „*inny podmiot (tzn. osoba fizyczna, osoba prawna, jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej)*” (tak Komentarz. Prawo zamówień publicznych red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2023 r. str. 1325). Takie określenie nie stanowi przypadkowości, bowiem jak wynika z regulacji art. 7 pkt 30 ustawy i stanowisk doktryny (jw. dla art. 7 pkt 30 ustawy) odwołanie do tak szerokiego zakresu podmiotowego miało na celu przekreślenie wszelkich wątpliwości odnoszących się

do tego, czy ofertę w postępowaniu może złożyć jedynie przedsiębiorca. Tym samym dopuszczono jednoznacznie w ustawie szeroki krąg podmiotów uprawnionych do udziału

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przekreślając tym samym wszelkie doktrynalne spory odnoszące się do tożsamości prawnej podmiotu uprawnionego do udziału w postępowaniu. Ta wzajemna korelacja przepisów pozostająca we wzajemnej zgodności

i podlega również powiązaniu z etapami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Status wykonawcy (osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej), w definicji legalnej zawartej w art. 7 pkt 30 ustawy, jest skorelowany z etapami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co jednoznacznie wynika również z treści przepisu.

W pierwszej części przepisu (art. 7 pkt 30 ustawy) ustawodawca jednoznacznie odnosi się

w do podmiotów (osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej), które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia – jest to bardzo szerokie określenie kręgu podmiotowego, w którym ustawodawca odnosi się zarówno do podmiotów, które są w stanie oferować dany przedmiot objęty zamówieniem, jak również te co będą się o takie zamówienia ubiegać. Odniesienie

to powiązane jest z etapem postępowania po ogłoszeniu postępowania (a przed terminem składania ofert). Wszystkie zainteresowane podmioty danym zamówieniem mogą na tym etapie kwestionować działania Zamawiającego, w tym również kwestionować np. przyjęcie przez Zamawiającego określonego trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dla przykładu: kwestionowanie przyjętego przez Zamawiającego trybu konkurencyjnego

lub kwestionowanie trybu niekonkurencyjnego prowadzonego postępowania). Zestawiając tak szerokie określenie kręgu podmiotów powiązanych z etapem postępowania (art. 7 pkt 30 ustawy) z regulacją art. 528 pkt 2 ustawy w nawiązaniu do kręgu podmiotowego z art. 505 ust. 1 ustawy i podanych „innych podmiotów” Izba stwierdza, że „inne podmioty” określone w tym przepisie, to właśnie te wszystkie, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, a które to są osobą fizyczną, osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej. W wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 25 maja 2012 r. sygn. akt. XII Ga 92/12 jednoznacznie podano, że *W rozumieniu tego przepisu* (w orzeczeniu art. 179 ust. 1 ustawy z 2004 roku, obecnie art. 505 ust. 1 ustawy

z 2019 roku) „*innymi osobami*” będą potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość

zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia czy też zapytania o cenę). Podmioty te zostają, bowiem pozbawione szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w trybie rozpoczynającym się publicznym ogłoszeniem. Podmiot przynależny do tej kategorii legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej, analogicznie do innych uprawnionych musi wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W związku z powyższym pozostałe przesłanki materialnoprawne odwołania powodują, iż podmioty zaliczane do omawianej kategorii legitymowanych muszą wykazać swój bezpośredni związek z prowadzonym postępowaniem, w którym składają odwołanie. Względnie muszą wykazać, że działania lub zaniechania zamawiającego pozbawiają ich możliwości wzięcia udziału w danym postępowaniu.

W niniejszym postępowaniu w zakresie zaskarżania wyboru trybu przez podmiot nieuczestniczący w postępowaniu,

interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być rozumiany w sposób abstrakcyjny, jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia, którego przedmiot jest objęty postępowaniem udzielanym w zaskarżanym trybie. Przesłanka posiadania tak rozumianego „interesu” w uzyskaniu danego zamówienia pozwala, zatem (...) skarżyć czynności zamawiającego polegające na nieprawidłowym zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki. Orzeczenie to, choć wydane w oparciu o ówczesnie obowiązujący stan prawny, z uwagi na zbieżność przepisów pozostaje aktualne.

W drugiej części przepisu art. 7 pkt 30, po przecinku (,), ustawodawca precyzyjnie odnosi się do podmiotów (osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej), które złożyły ofertę lub zawarły umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zastosowanie podziału wynikającego z użycia znaku interpunkcyjnego

„przecinka” (,) powoduje, że w tym zakresie przechodzimy do zakresu podmiotowego powiązanego bezpośrednio z procedowaniem postępowania o zamówienie (kolejny etap postępowania) przez odniesienie się do tych podmiotów, które złożyły ofertę lub do tych podmiotów, które zawarły umowę. Oznacza to, że „wykonawca” na tym etapie postępowania tj. po terminie składania ofert, rozumiany jest jako ten co złożył ofertę w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego. Na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ma już mowy o „innych podmiotach”, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, bowiem na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (po terminie składania ofert) wykonawcą jest ten co złożył ofertę, czyli podmiot który bierze udział w postępowaniu. Oznacza to, że na tym etapie postępowania ograniczona jest już ilość wykonawców (ilość wykonawców jest taka, jak ilość złożonych ofert

w postępowaniu). Wykonawcą pozostaje również ten, który zawarł umowę – a to już jest kolejny etap zawarcia umowy po przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W podsumowaniu powyższego Izba wskazuje, że tak dokonana wykładnia przez Izbę znajduje odzwierciedlenie w uzasadnieniu zawartym w stanowisku doktryny, a mianowicie: *Status wykonawcy jest skorelowany z etapami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w toku którego następuje stopniowe ograniczanie kręgu podmiotów, które są definiowane jako wykonawcy. Od najszerszego, nieograniczonego kręgu podmiotów na etapie ogłoszenia o zamówieniu, po wąską grupę podmiotów, które złożyły oferty, by ostatecznie wykonawcą pozostał jedynie podmiot, który zawarł umowę i realizuje zamówienie.* (tak Komentarz. Prawo zamówień publicznych red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2023 r. str. 90).

Kluczowym dla rozpoznania tej sprawy odwoławczej jest odniesienie do pojęcia „wykonawcy”, którego definicja legalna zawarta jest w art. 7 pkt 30 ustawy – 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 było 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 jak również stanowiska doktryny, 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 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. Podkreślenia wymaga, za wyrokiem Sądu Okręgowego

w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 10/21, że złożenie oferty

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie oznacza jednak, że podmiot, który ją złożył, do zakończenia tego postępowania będzie wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy – podmiot taki może przestać być wykonawcą w ww. rozumieniu, co następuje

na przykład w wyniku zaniechania zaskarżenia czynności zamawiającego polegającej

na odrzuceniu oferty jego oferty.

Oferta Odwołującego, co potwierdził sam Odwołujący w odwołaniu w załączonym

do odwołania piśmie z dnia 30 lipca 2024 roku, została odrzucona z postępowania o udzielenie zamówienia, co wynika jednoznacznie z pisma Zamawiającego z dnia 30 lipca 2024 roku *Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej* –

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, w oparciu o podstawy wskazane w zarzutach odwołania. 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.

Wymaga odnotowania w tym miejscu, że Odwołujący status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu 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 nie zakwestionował (przez podniesienie w ramach tego dowołania 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 - wykonawcy Odwołujący utracił

w momencie, gdy zdecydował się nie kwestionować czynności Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania, a zaskarżyć jedynie czynność wyboru oferty innego wykonawcy. W efekcie Odwołujący również sam zrezygnował z swojego statusu „wykonawcy” aktywnego uczestnika postępowania.

Takie stanowisko Izby znajduje również swoje odzwierciedlenie np.: w postanowieniu z dnia 18 marca 2021 roku sygn. akt KIO 727/24, postanowienie z dnia 29 kwietnia 2021 roku sygn. akt KIO 1174/21, postanowienie z dnia 19 lutego 2021 roku sygn. akt KIO 386/2; postanowieniu z dnia 20 marca 2023 roku sygn. akt KIO 663/23; postanowienie z dnia 8 marca 2023 roku sygn. akt KIO 552/23 (oraz podane w tym postanowieniu orzeczenia), wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 10/21. Wskazać należy również na stanowisko Sadu Okręgowego w postanowieniu Sądu Okręgowego Warszawa- Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt IV Ca 521/08, które

z uwagi na spójność obowiązujących w poprzednim stanie prawnym z obecnie obowiązującymi przepisami jest nadal aktualne.

W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, chociażby w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 w sprawie *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH przeciwko Universität für Bodenkultur Wien i VAMED Management und Service GmbH & Co KG in Wien*, Trybunał uznał, że wykonawcy wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji zamawiającego można odmówić dostępu

do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, nawet jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony wykonawca i wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą,

a zdaniem wykluczonego wykonawcy najkorzystniejsza oferta również powinna być 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

w 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 *Hackermüller* (wyrok z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-249/01 *Werner Hackermüller przeciwko Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) i Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für 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.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 529 ust. 1 ustawy.

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

Przewodniczący.....

