Sygn. akt: KIO 1764/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 4 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak

Po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 4 czerwca 2024 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2024 r. przez Odwołującego – Wykonawcę **FUDEKO Spółka Akcyjna** ul. Spokojna 4, 81-549 Gdynia, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Centrum Wsparcia Społecznego „Na Przedwiośniu"**, ul. Przedwiośnie 1, 04-748 Warszawa

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy **Naprzód Catering Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Traktorowa 126/301, 91-204 Łódź

postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Wykonawcę FUDEKO S.A. z/s w Gdyni i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego 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 1764/24

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym na podstawie przez Zamawiającego – Centrum Wsparcia Społecznego Na Przedwiośniu w Warszawie na *świadczenie usługi zbiorowego żywienia mieszkańców Centrum Wsparcia Społecznego „Na Przedwiośniu" przy ul. Przedwiośnie 1 w Warszawie wraz z dzierżawą pomieszczeń kuchennych i wyposażenia* (nr sprawy: CWS.DAG.251.3.2024.MM/6DP/UM) ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych 19 stycznia 2024 r. pod nr 2024/BZP 00054080, wobec czynności polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty Naprzód Catering Sp. z o.o. i zaniechaniu unieważnienia postępowania, ewentualnie zaniechaniu wezwania Naprzód Catering Sp. z o.o. do uzupełnienia lub poprawienia złożonego wykazu usług i referencji, wniesione zostało 20 maja 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy FUDEKO S.A. (sygn. akt KIO 1764/24 zwana dalej Odwołującym.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy – Naprzód Catering Sp. z o.o. w sytuacji gdy wykonawca nie wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał lub wykonuje co najmniej dwa oddzielne zamówienia o wielkości i charakterze porównywalnym z przedmiotem zamówienia i tym samym nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
b) art. 239 ust. 1 i 2 PZP w związku z 226 ust. 1 pkt. 2b i 2c PZP poprzez wybór oferty wykonawcy Naprzód Catering sp. z o.o., jako najkorzystniejszej w sytuacji gdy podlega ona odrzuceniu,
c) art. 255 pkt 2 PZP w zw. z art. 254 pkt 2 PZP poprzez brak unieważnienia postępowania, podczas gdy wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu.

ewentualnie:

d) art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy – Naprzód Catering sp. z o.o. do uzupełnienia lub poprawienia złożonego wykazu usług oraz referencji, w sytuacji gdy złożone środki dowodowe nie wykazują spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie

odrzucenia oferty Naprzód Catering Sp. z o.o. i unieważnienie postępowania, ewentualnie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwanie Naprzód Catering Sp. z o.o. do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W odwołaniu zarzuty odnoszą się do czynności badania i wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Naprzód Catering Sp. z o.o., która pozostała jedyną ofertą w postępowaniu.

Odwołujący wykazując interes w uzyskaniu zamówienia wskazywał, iż unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i doprowadzenie do unieważnienia postępowania umożliwi mu ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Mając na uwadze wyrok KIO z 24.04.2024 r., sygn. akt KIO 1092/24, którym Izba nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego wskazał, iż wyrok ten nie jest ostateczny, ani prawomocny. Na dzień składania odwołania, termin do wniesienia skargi na ww. rozstrzygnięcie nie upłynął, gdyż ww. orzeczenie z uzasadnieniem zostało doręczone Odwołującemu w dniu 16 maja 2024 r. Powyższe wskazuje, że decyzja o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego nie jest jeszcze ostateczna i prawomocna, a Odwołujący wciąż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę poprzez nieuzyskanie zamówienia i utracić korzyści, które mogłyby przypaść mu w przypadku jego realizacji, na skutek działań i zaniechań Zamawiającego, wskazanych w niniejszym odwołaniu.
Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym bez udziału stron w dniu 04.06.2024 r., Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zachodzi przesłanka do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako Ustawa).
Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że *odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony*.

Zgodnie z 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*.

W ocenie składu orzekającego to nie kwestia interesu w uzyskaniu zamówienia badanego w świetle art. 505 ust. 1 Ustawy, pozwalała wykazać legitymację Odwołującego do wniesienia odwołania. Koniecznym dla skorzystania z odwołania było wykazanie statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący sam wskazał, iż wyrokiem z 24.04.2024 r., sygn. akt KIO 1092/24 Zamawiający zobowiązany został do odrzucenia oferty Odwołującego, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, którą to czynność Zamawiający wykonał dokonując również wyboru oferty najkorzystniejszej. W orzecznictwie status wykonawcy szeroko był komentowany, m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 24.02.2022 r., sygn. akt KIO 424/22.

W przywołanym orzeczeniu wskazano, iż *„Pojęcie „wykonawcy" zostało przez ustawodawcę zdefiniowane w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp (…) Przytoczona definicja legalna pojęcia „wykonawcy" odwołuje się do poszczególnych etapów postępowania o udzielenie zamówienia, przy czym krąg podmiotów mogących posiadać status wykonawcy ulega zawężeniu w miarę przechodzenia do kolejnego etapu. W przypadku etapu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, który ma miejsce po upływie terminu składania ofert (do zawarcia umowy), status wykonawcy może posiadać wyłącznie podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu, a w przypadku postępowania podzielonego na części – wyłącznie podmiot, który złożył ofertę w danej części zamówienia. Złożenie odwołania przez podmiot nieposiadający statusu wykonawcy oznacza złożenie odwołania przez podmiot do tego nieuprawniony, co stanowi podstawę odrzucenia tego środka ochrony prawnej wskazaną przez ustawodawcę w art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko było wielokrotnie prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. postanowienie z dnia 29 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2701/17)".*

Również w orzecznictwie Sądu Zamówień Publicznych prawo do korzystania z środków ochrony prawnej powiązane jest z ustaleniem statusu wykonawcy, również w sytuacji, gdy podmiot składający odwołanie nie złożył oferty i kwestionuje czynności zamawiającego podjęte w tym postępowaniu (tak w wyroku S.O sygn. akt XXIII Zs 115/22). Sytuacja wnoszącego odwołanie, który nie złożył oferty, a następnie kwestionuje czynności podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zrównana jest z sytuacją podmiotu, który utracił status wykonawcy na skutek zdarzeń prowadzących do skutecznego odrzucenia oferty. W obu tych przypadka, brak jak i utrata statusu wykonawcy oznacza, iż takim podmiotom nie przysługują środki ochrony prawnej przed czynnościami zamawiającego podejmowanym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym nie brali lub przestali brać czynny udział, składając ważną ofertę.

W okolicznościach niniejszej sprawy pozostawało do rozstrzygnięcia, czy znaczenie dla ustalenia statusu Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma okoliczność, iż na moment składania odwołania nie upłynął termin na wniesienie skargi na orzeczenie z 24.04.2024 r., sygn. akt KIO 1092/24.

Odwołujący był uczestnikiem po stronie Zamawiającego i to na skutek jego sprzeciwu wobec oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów odwołanie podlegało rozpoznaniu w zakresie objętym oświadczeniem o sprzeciwie (zarzuty nr Ia i Ic).Izba uwzględniła zarzut kierowany wobec oferty wykonawcy wnoszącego sprzeciw, która wówczas była ofertą wybraną jako najkorzystniejsza. Wybór oferty został skutecznie uchylony wydanym orzeczeniem, a oferta Odwołującego została odrzucona. Wobec tej czynności Wykonawcy już nie przysługuje prawo do wniesienia odwołania, a kolejne czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone są bez jego udziału. Jedyną pozostałą w postępowaniu ofertą jest oferta obecnie wybrana, wobec której Odwołujący formułuje zarzuty.

W ocenie składu orzekającego sytuacja Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia została faktycznie rozstrzygnięta orzeczeniem KIO nakazującym odrzucenie jego oferty. Niezależnie bowiem od decyzji Wykonawcy o tym, czy wniesiona zostanie skarga, jak również ewentualnego rozstrzygnięcia w przedmiocie takiej skargi, na etapie czynności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący nie ma już statusu wykonawcy. Zamawiający dokonuje bowiem czynności z pominięciem oferty odrzuconej już po ogłoszeniu orzeczenia wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą. Oferta Odwołującego nie jest brana pod uwagę przy ocenie ofert i wskazaniu oferty najkorzystniejszej. Wniesione odwołanie nie ma również na celu przywrócenia do oceny oferty Odwołującego i doprowadzenia do jej wyboru. Również dla losów obecnego odwołania nie miałoby znaczenia, to czy Odwołujący złożyłby skargę na czynność odrzucenia własnej oferty, gdyż obecnie skarżoną jest czynność wyboru oferty Naprzód Catering sp. z o.o.

Również w orzecznictwie podkreśla się możliwość zaskarżenia przez wyeliminowanego wykonawcę czynności polegającej na wyborze oferty innego wykonawcy w postępowaniu, ograniczając prawo zaskarżenia czynności wyboru do sytuacji, gdy obie czynności (odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej) podjęto jednocześnie (tak wyrok S.O. w Warszawie z 28.04.2021 r., sygn. akt KIO XXIII Zs 10/21).

Chociaż w momencie wnoszenia odwołania formalnie wyrok Izby nakazujący odrzucenie oferty Odwołującego nie był ostatecznym (nie upłynął termin na wniesienie skargi), to czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia toczyły się już bez udziału Odwołującego, który utracił status wykonawcy w postępowaniu zakończonym wyborem oferty innego podmiotu. Należy również zauważyć, iż ustawodawca nie przewidział konieczności wstrzymania czynności postępowania tak na czas postępowania odwoławczego, jak i na czas prowadzonego postępowania sądowego. Czynności zamawiającego wykonane zgodnie z orzeczeniem KIO nie podlegają dalszemu badaniu w drodze środków ochrony prawnej, gdyż zgodnie z art. 528 pkt 5 Ustawy takie odwołanie podlegałoby odrzuceniu, niezależnie od ewentualnego wyniku skargi na wyrok KIO, stanowiący podstawę tych czynności.

W świetle powyższego skład orzekający uznał, iż w momencie wnoszenia odwołania Odwołujący nie miał statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na którego wynik jego oferta już nie może mieć żadnego wpływu. Sytuacja ta oznacza, iż Odwołujący w ramach wniesionego środka ochrony prawnej nie może skutecznie przywrócić do oceny własnej oferty, gdyż utracił status wykonawcy, dla którego nie ma znaczenia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Na podstawie § 5 i § 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. poz.2437) Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 7.500 zł.

Przewodniczący:……