Sygn. akt: KIO 709/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 18 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2024 r. przez wykonawcęZARYS International Group Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zabrzu w postępowaniu prowadzonym przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Oławie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy SINMED Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 709/24

Uzasadnienie

Zamawiający Zespół Opieki Zdrowotnej w Oławie (dalej: „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa sprzętu medycznego jednorazowego" (dalej: „Postępowanie"). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 240-755789.

W dniu 4 marca 2024 r. wykonawca ZARYS International Group Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zabrzu (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec: zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Sinmed Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach (dalej: „wykonawca Sinmed") w zakresie zadania nr 20 oraz czynności wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 20.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp"):

1. art. 16 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez prowadzenie Postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp – poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy Sinmed zawierającej błąd w obliczeniu ceny, w zakresie zadania nr 20.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Sinmed w zakresie zadania nr 20,
- odrzucenia oferty wykonawcy Sinmed w zakresie zadania nr 20,
- unieważnienia Postępowania wobec braku ofert spełniających warunki zamówienia w zakresie zadania nr 20 na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Sinmed. Wykonawca Sinmed wniósł o oddalenie odwołania, powołując się na brak po stronie Odwołującego interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na zaniechanie zaskarżenia czynności odrzucenia swojej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Jak wskazał Odwołujący w odwołaniu w dniu 22 lutego 2024 r. Zamawiający przekazał za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej informację o rozstrzygnięciu postępowania w zakresie zadania nr 20, w tym o wyborze oferty wykonawcy Sinmed oraz odrzuceniu oferty Odwołującego.

Okoliczność ta znajduje potwierdzenie w dokumentacji Postępowania.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Natomiast zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 ustawy Pzp 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.

Mając na uwadze przywołane powyżej regulacje należy stwierdzić, że Odwołującemu – dopóki posiadał status wykonawcy w Postępowaniu – przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania. Odwołujący stracił ten status odstępując od zaskarżenia w trybie odwołania czynności odrzucenia swojej oferty, co skutkowało tym, że czynność ta stała się ostateczna. Wprawdzie w dniu wniesienia odwołania czynność odrzucenia oferty Odwołującego podlegała jeszcze zaskarżeniu (odwołanie zostało wniesione w ostatnim dniu terminu), jednakże obejmując wniesionym odwołaniem wyłącznie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sinmed, a odstępując od zaskarżenia czynności odrzucenia swojej oferty, Odwołujący sam pozbawił się statusu wykonawcy w Postępowaniu.

Zajęte przez Izbę stanowisko znajduje potwierdzenie w dotychczasowym orzecznictwie, w tym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „Trybunał").

W wyroku z dnia 9 lutego 2023 r. w sprawie C-53/22 Trybunał przedstawił następujące stanowisko:

„36 Prawdą jest, że Trybunał, do którego zwrócono się o dokonanie wykładni art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, orzekł, iż w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferenci mają równoważny uzasadniony interes w wykluczeniu ofert pozostałych oferentów w celu uzyskania danego zamówienia (zob. podobnie wyroki: z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, pkt 33; z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, G689/13, EU:C:2016:199, pkt 27), bez względu na liczbę uczestników postępowania i liczbę uczestników, którzy wnieśli skargi (zob. podobnie wyroki: z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, pkt 33; a także z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, G689/13, EU:C:2016:199, pkt 28, 29).

37 Jednakże, jak Trybunał wyjaśnił w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r., Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988, pkt 30–32), sytuacje będące przedmiotem spraw, w których zapadły wyroki z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) i z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), charakteryzowały się, po pierwsze, tym, że oferty zainteresowanych oferentów nie były przedmiotem decyzji o wykluczeniu podjętej przez odnośną instytucję zamawiającą, a po drugie, tym, że każdy z oferentów kwestionował prawidłowość oferty konkurenta w ramach jednego i tego samego postępowania odwoławczego dotyczącego decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia, przy czym każdy z nich miał równoważny uzasadniony interes w wykluczeniu oferty drugiego podmiotu, a zarzuty te mogły prowadzić do stwierdzenia niemożności dokonania przez ową instytucję zamawiającą wyboru prawidłowej oferty.

39 Jeżeli natomiast, jak wynika z orzecznictwa Trybunału, przed wydaniem decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego oferent został ostatecznie – decyzją instytucji zamawiającej utrzymaną w mocy orzeczeniem sądowym, które uzyskało powagę rzeczy osądzonej – wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie danego zamówienia, art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 nie stoi na przeszkodzie temu, by owemu oferentowi odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego (zob. podobnie wyroki: z dnia 21 grudnia 2016 r., Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C-355/15, EU:C:2016:988, pkt 35, 36; z dnia 11 maja 2017 r., Archus i Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, pkt 57–59; a także z dnia 24 marca 2021 r., NAMA i in., C-771/19, EU:C:2021:232, pkt 42).

39 Jak orzekł bowiem Trybunał, to nieostateczny jeszcze charakter decyzji o wykluczeniu decyduje o tym, czy oferent ma legitymację procesową do zaskarżenia decyzji o udzieleniu zamówienia (wyrok z dnia 21 grudnia 2021 r., Randstad Italia, C-497/20, EU:C:2021:1037, pkt 73, 74; a także postanowienie z dnia 17 maja 2022 r., Estaleiros Navais de Peniche, C-787/21, niepublikowane, EU:C:2022:414, pkt 25). Zgodnie zaś z brzmieniem art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665 wykluczenie oferenta z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ma charakter ostateczny, jeśli został on o nim powiadomiony i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania."

Podobnie Trybunał wypowiedział się w postanowieniu z 16 marca 2023 r. C-493/22 wskazując, co następuje:

„44 Tymczasem zgodnie z art. 57 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2009/81, który jest sformułowany w ten sam sposób co art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665, wykluczenie oferenta ma charakter ostateczny, jeśli został on o nim powiadomiony i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze

odwołania. Wynika z tego, że nieostateczny jeszcze charakter decyzji o wykluczeniu decyduje w odniesieniu do tych oferentów o tym, czy mają oni legitymację procesową do zaskarżenia decyzji o udzieleniu zamówienia (wyrok z dnia 21 grudnia 2021 r., Randstad Italia, C-497/20, EU:C:2021:1037, pkt 74; postanowienie z dnia 17 maja 2022 r., Estaleiros Navais de Peniche, C-787/21, niepublikowane, EU:C:2022:414, pkt 25).

45 Interes prawny oferenta wyeliminowanego z postępowania o udzielenie zamówienia w zaskarżeniu decyzji o udzieleniu tego zamówienia jest zatem nierozerwalnie związany z utrzymywaniem się interesu prawnego w zaskarżeniu decyzji, która wykluczyła go z tego postępowania. W związku z tym w braku interesu prawnego w zaskarżeniu decyzji wykluczającej jego ofertę wyeliminowany oferent nie może utrzymywać, że wciąż ma interes prawny w zaskarżeniu decyzji o udzieleniu zamówienia. Interes ten nie może zostać wywiedziony z faktu, że oferent ten mógłby ewentualnie otrzymać zamówienie w przypadku, gdyby w wyniku uchylenia tej decyzji instytucja zamawiająca postanowiła wszcząć nowe postępowanie o udzielenie zamówienia (postanowienie z dnia 17 maja 2022 r., Estaleiros Navais de Peniche, C-787/21, niepublikowane, EU:C:2022:414, pkt 26, 27).

46 Tym samym oferent wyeliminowany z postępowania o udzielenie zamówienia oczywiście nie posiada interesu prawnego w zaskarżeniu decyzji o udzieleniu tego zamówienia, gdy jego wykluczenie wynika z decyzji, która stała się ostateczna albo dlatego, że nie podlega ona już zaskarżeniu do sądu, ponieważ nie została zaskarżona w terminie przewidzianym w krajowych przepisach proceduralnych, albo ze względu na wyczerpanie środków odwoławczych dostępnych na szczeblu krajowym."

W odniesieniu do pojęcia „wykonawcy" należy powołać się na stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie przedstawione w wyroku z dnia 28 kwietnia 2021 r., XXIII Zs 10/21. Sąd stwierdził, co następuje:

„Zgodnie z art. 7 pkt 30 nPZP ilekroć w 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. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu (vide: P. Granecki; Prawo zamówień publicznych, Komentarz do ustawy nPZP, Legalis), to wskazana definicja wykonawcy ujednolica pojęcie uczestnika postępowania na każdym etapie postępowania. Wykonawcą, jak opisuje trafnie autor komentarza, będziemy więc nazywać podmiot, który w jakikolwiek sposób uzewnętrznił wolę uczestniczenia w postępowaniu. Definicja wykonawcy jest zatem dynamiczna i będzie zmieniała się w zależności od etapu, na jakim postępowanie się znajduje. Na pierwszym etapie postępowania będą to podmioty, które m.in. pobrały SIWZ lub złożyły wniosek w przetargu ograniczonym lub w negocjacjach z ogłoszeniem, następnie podmiot, który złożył ofertę, a potem podmiot, który podpisał umowę z zamawiającym.

Pojęcie wykonawcy w aktualnym PZP jest inne niż dotychczas, ale różnica dotyczy wyłącznie rozszerzenia opisu pojęcia wykonawcy poprzez wprowadzenie pojęcia: podmiot, który oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług. Tym samym z uwagi na brzmienie ww. przepisu jest to opis „wykonawcy" początkowego etapu postępowania, który co do zasady ma zdolność do bycia uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Logicznie nie sposób przyjąć, że ten element definicji obejmuje podmioty, których oferta została prawomocnie odrzucona, tak jak w przypadku odwołującego Konsorcjum (...) (przeciwnika skargi nr 2). Podmioty te bowiem po pierwsze są wyłączone w sposób negatywny z tej części definicji wykonawcy, ponieważ nie złożyły skutecznej oferty (oferta została odrzucona) i po drugie nie są potencjalnie zdolne do uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego."

Natomiast kategoria „innych podmiotów", o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, obejmuje – jak wskazuje się w orzecznictwie - potencjalnych wykonawców, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia czy też zapytanie o cenę)" [tak w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., XII Ga 92/12].

Jak wskazała Izba w postanowieniu z dnia 1 kwietnia 2021 r., KIO 661/21 „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."

Podsumowując, należy stwierdzić, że wobec niezaskarżenia przez Odwołującego wniesionym odwołaniem czynności odrzucenia swojej oferty, odrzucenie jego oferty i w konsekwencji utrata statusu wykonawcy w Postępowaniu przez

Odwołującego ma charakter ostateczny, co pociąga za sobą również utratę legitymacji do wnoszenia środków ochrony od czynności oraz zaniechań Zamawiającego w prowadzonym przez niego Postępowaniu. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału przedstawionym w postanowieniu z 16 marca 2023 r., C-493/22, oferent wyeliminowany z postępowania o udzielenie zamówienia oczywiście nie posiada interesu prawnego w zaskarżeniu decyzji o udzieleniu tego zamówienia, gdy jego wykluczenie wynika z decyzji, która stała się ostateczna albo dlatego, że nie podlega ona już zaskarżeniu do sądu, ponieważ nie została zaskarżona w terminie przewidzianym w krajowych przepisach proceduralnych, albo ze względu na wyczerpanie środków odwoławczych dostępnych na szczeblu krajowym." Jak wskazał Sąd Okręgowy w wyroku z dnia 28 kwietnia 2021 r., XXIII Zs 10/21: „Jeżeli odwołujący nie ma statusu wykonawcy, ponieważ został prawomocnie wyeliminowany z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to nie ma uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej."

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 528 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp 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).

Przewodnicząca: