

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 23 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Patyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 23 lutego 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2024 r. przez wykonawcę Garmond Press S.A.

z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Apelacyjny w Krakowie, reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucję Gospodarki Budżetowej w Krakowie uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawca G.L.M. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego

postanawia:

1. Odrzucić odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę Garmond Press S.A. z siedzibą w Krakowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. Wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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 464/24

Uzasadnienie

Zamawiający - Sąd Apelacyjny w Krakowie, reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucję Gospodarki Budżetowej w Krakowie [dalej „Zamawiający”], prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę prasy papierowej i elektronicznej w roku 2024* (znak postępowania: WZP-421-8/2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 października 2023 r. pod numerem 2023/S 190-593372.

W dniu 12 lutego 2024 r. wykonawca Garmond Press S.A. z siedzibą w Krakowie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie części 1 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 2 i art. 16 ustawy Pzp poprzez wadliwe „podtrzymanie decyzji o odrzuceniu” oferty Odwołującego ze względu na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, mimo że w ramach powtarzanych czynności badania i oceny ofert nie powtórzono czynności badania rażąco niskiej ceny i nie wezwano Odwołującego do złożenia wyjaśnień, które to czynności zgodnie z treścią art. 224 ust. 2 ustawy Pzp są obligatoryjne, a zatem powtórzenie czynności badania i oceny ofert było niepełne, a zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców;

2. art. 223 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp i art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień „G.L.M.” Sp. z o.o. złożonych pismem z dnia 15 stycznia 2024 roku w odpowiedzi na skierowane do tej spółki przez Zamawiającego wezwanie do złożenia w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej i niedostrzeżenie, że złożone wyjaśnienia nie tylko nie wyjaśniają ceny wyższej, niż ceny rynkowe, ale w zestawieniu ze stanowiskiem prezentowanym przez „G.L.M.” Sp. z o.o. w toku postępowania wątpliwości te pogłębiają;

3. art. 255 pkt 3 w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp i art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych poprzez wadliwą ocenę zasadności zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, gdy w świetle wyjaśnień złożonych przez „G.L.M.” Sp. z o.o. zwiększenie takie było w warunkach niniejszego zamówienia sprzeczne z zasadami udzielania zamówień publicznych oraz zasadami dokonywania zamówień publicznych, oraz wybór oferty „G.L.M.” Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej i brak unieważnienia postępowania w Części 1, pomimo, że oferta „G.L.M.” Sp. z o.o. oraz oferta AS PRESS Andrzej Szlachciuk przekraczały kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia w tej Części, a zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia nie było zasadne.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o :

1. unieważnienie czynności „podtrzymanie decyzji o odrzuceniu” oferty Garmond Press S.A. dokonanej w dniu 2 lutego 2024 r.;

2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w dniu 2 lutego 2024 r.;

3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

4. nakazanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, skoro koszt

najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a brak jest podstaw do zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia w jego Części 1.

Izba stwierdziła, że wykonawca G.L.M. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że w dniu 8 stycznia 2024 r., w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok (sygn. akt: KIO 3812/23), w którym uwzględniła odwołanie złożone przez wykonawcę G.L.M. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Części 1 postępowania, przeprowadzenie ponownej czynności oceny ofert w Części 1 postępowania, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Garmond Press spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (punkt 1 sentencji).

Z uzasadnienia przywołanej sprawy odwoławczej wynika także, że „Wykonawca Garmond Press S.A. z siedzibą w Krakowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej 22 grudnia 2023 r., tj. w ostatnim dniu terminu na zgłoszenie przystąpienia. Wykonawca wraz ze zgłoszeniem przystąpienia załączył też, jako potwierdzenie przekazania kopii zgłoszenia Zamawiającemu i Odwołującemu dowód wysłania tej kopii listem poleconym. Data nadania listów do Odwołującego i Zamawiającego to 22 grudnia 2023 r.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron pełnomocnik zgłaszającego przystąpienie przyznał, że kopia zgłoszenia przystąpienia nie została przesłana do stron inną drogą niż list polecony, nie została ona przesłana drogą elektroniczną.

Biorąc pod uwagę, że 22 grudnia 2023 r. był ostatnim dniem roboczym przed świętami Bożego Narodzenia (piątek) a kolejny, najbliższy dzień roboczy to 27 grudnia 2023 r. (środa) Izba uznała za nieprawdopodobne, by kopia zgłoszenia przystąpienia trafiła do stron w terminie zgłoszenia przystąpienia wynikającego z art. 525 ust. 1 Pzp. Zgłaszający przystąpienie nie wykazał przy tym okoliczności przeciwnej. W konsekwencji Izba uznała zgłoszenie przystąpienia za nieskuteczne ze względu na niedotrzymanie wymogów formalnych wynikających z art. 525 ust. 1 Pzp”.

W dniu 19 stycznia 2024 r. Zamawiający wykonał wyrok Izby, zawiadamiając o powyższych czynnościach wykonawców.

W dniu 29 stycznia 2024 r. wykonawca Garmond Press S.A. z siedzibą w Krakowie wniósł odwołanie, które zostało odrzucone przez Izbę postanowieniem z dnia 8 lutego 2024 r. sygn. akt: KIO 297/24 na podstawie art. 528 pkt 2 i 5 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 29 stycznia 2024 r., po wniesieniu odwołania o sygn. KIO 297/24, unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonał ponownego badania i oceny ofert i wezwał wykonawcę G.L.M. Sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu i referencji.

W dniu 2 lutego 2024 r. Izba wydała postanowienie o uchyleniu zakazu zawarcia umowy (sygn. akt: KIO/W 8/24).

W dniu 2 lutego 2024 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty G.L.M Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

W dniu 12 lutego 2024 r. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 2 lutego 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca Garmond Press S.A. z siedzibą w Krakowie.

W dniu 16 lutego 2024 r. Izba wydała postanowienie o uchyleniu zakazu zawarcia umowy (sygn. akt: KIO/W 10/24).

Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 pkt 2 i 5 ustawy Pzp.

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

Wskazać należy, iż w myśl 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. Ponadto zgodnie z art. 505 ust. 2 ustawy Pzp środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców.

A *contrario* podmiotem nieuprawnionym w rozumieniu art. 528 pkt 2 ustawy Pzp będzie podmiot nie posiadający legitymacji czynnej wynikającej z art. 505 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. Legitymacji takiej nie będzie posiadał m.in. podmiot, który nie jest wykonawcą

w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy Pzp przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W świetle ww. definicji status wykonawcy w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia uzależniony jest od czynnego uczestnictwa tego podmiotu w danym etapie tego postępowania. O ile przed upływem terminu składania ofert status wykonawcy posiadać może w zasadzie każdy podmiot, który wyraża wolę uczestnictwa w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, o tyle po upływie terminu składania ofert, status wykonawcy w tym konkretnym postępowaniu przysługiwał będzie tym podmiotom, które złożyły ofertę, zaś na etapie realizacji umowy podmiotowi, który tę umowę zawarł. Przy czym w ślad za orzecznictwem należy podkreślić, iż sam fakt złożenia oferty w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego nie gwarantuje wykonawcy zachowania statusu wykonawcy w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp do zakończenia postępowania

o udzielenie zamówienia. Przymiot wykonawcy można utracić w toku tego postępowania, np. w wyniku zaniechania zaskarżenia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy, czy wskutek zaniechania zaskarżenia orzeczenia Izby.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w okolicznościach niniejszej sprawy. Bezsporne jest, że w dniu 19 stycznia 2024 r. Zamawiający wykonał wprost sentencję orzeczenia KIO 3812/23, która nakazywała odrzucenie oferty Odwołującego. Zamawiający nie mógł zachować się inaczej. Co szczególnie istotne, Odwołujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 3812/23, jednakże nie dopełnił obowiązku doręczenia zgłoszenia przystąpienia Stronom postępowania odwoławczego, przez co nie został dopuszczony do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika. Odwołujący przez własne zaniechania doprowadził zatem do sytuacji, w której utracił możliwość obrony swojej oferty. Skutki powyższego uchybienia Odwołującego były doniosłe. Zgodnie bowiem z art. 579 ust. 1 ustawy Pzp, na orzeczenie Izby oraz postanowienie Prezesa Izby, o którym mowa w, stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Odwołujący zatem w wyniku własnych zaniedbań nie został dopuszczony do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika, co skutkowało utratą możliwości obrony swojej oferty, w tym ewentualnego zaskarżenia wyroku Izby wydanego w sprawie o sygn. KIO 3812/23 do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu zamówień publicznych. W wyniku powyższego Odwołujący, którego oferta została skutecznie odrzucona wyrokiem Izby, utracił status wykonawcy

w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazać należy, iż ochrona prawna przysługuje tylko takiemu uczestnikowi postępowania o udzielenie zamówienia, który nie został z tego postępowania prawomocnie wyeliminowany. Czynne działanie Odwołującego w zakresie obrony własnej oferty ma kluczowe znaczenie dla oceny, czy może on skutecznie kwestionować pozostałe decyzje instytucji zamawiającej.

Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie TSUE. W wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie *C-355/15 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 wykluczonymu na mocy ostatecznej decyzji zamawiającego można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, nawet jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony wykonawca i wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą,

a zdaniem wykluczonego wykonawcy najkorzystniejsza oferta również powinna być zostać odrzucona.

W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 10/21, Sąd Zamówień Publicznych stwierdził, iż *nie sposób przyjąć, że definicja wykonawcy zawarta w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp obejmuje podmioty, których oferta została prawomocnie odrzucona. Podmioty te bowiem po pierwsze są wyłączone w sposób negatywny z definicji wykonawcy, ponieważ nie złożyły skutecznej oferty (oferta została odrzucona), a po drugie nie są potencjalnie zdolne do uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.* Sąd podkreślił, iż ochrona prawna powinna bowiem służyć takiemu uczestnikowi, który może jeszcze zamówienie uzyskać.

Jak słusznie zwróciła uwagę Izba w postanowieniu z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt: KIO 386/21 *„Odwołujący mylnie upatruje interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej w odniesieniu do możliwości dążenia wykonawcy do unieważnienia postępowania jako takiego i możliwości uczestniczenia w kolejnym postępowaniu. Zdaniem Izby możliwość dążenia do unieważnienia postępowania należy odczytywać jako potencjalny skutek wniesienia odwołania, w którym odwołujący dąży do obrony własnej oferty (ale obrona własnej oferty może okazać się nieskuteczna) i jednocześnie do eliminacji oferty konkurencyjnej, uznanej za najkorzystniejszą. W wyniku tak złożonego środka ochrony prawnej może dojść do sytuacji, gdzie potwierdzą się zarzuty odwołania wobec oferty wybranej a jednocześnie nie potwierdzą się zarzuty wobec oferty odwołującego, tym samym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlegało będzie unieważnieniu. Skład orzekający w niniejszym postępowaniu odwoławczym wyraża przekonanie, że wynik*

w postaci unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może być celem samym w sobie. Istotą bowiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej umowy na realizację zamówienia. Potwierdza to również orzeczenie TSUE przywołane w treści odwołania przez samego Odwołującego. Z orzeczenia C-131/16 oraz z innych przywołanych przez Izbę w niniejszym uzasadnieniu jednoznacznie płynie wniosek, że konieczne jest skarżenie obu decyzji zamawiającego, zarówno o wykluczeniu odwołującego/odrzuceniu jego oferty oraz decyzji o wyniku postępowania. Rozumienie pojęcia „interesu” nie zmieniła znacząco nowelizacja przepisów z 2019 roku. Ogłoszenie nowego postępowania jest zdarzeniem przyszłym, niepewnym, zależnym od wystąpienia wielu czynników, których wyniku nie można przewidzieć w momencie składania odwołania

w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia. Aby natomiast możliwe było korzystanie ze środków ochrony prawnej konieczne jest wykazanie posiadania interesu

w uzyskaniu zamówienia. Takiej przesłanki, w ocenie Izby, Odwołujący nie zdołał wykazać.”

Z powyższych względów Izba uznała, że zarzuty odwołania są wymierzone jedynie przeciwko ofercie konkurenta i nie dotyczą obrony oferty Odwołującego, więc wykonawca nie ubiega się o udzielenie zamówienia, jego oferta została odrzucona, a on sam nie będzie mógł już zawrzeć z Zamawiającym umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem Odwołujący nie posiada obecnie statusu wykonawcy w rozumieniu art. 505 ustawy Pzp i w konsekwencji jest podmiotem nieuprawnionym do skorzystania ze środka ochrony prawnej, wobec czego odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp.

ocześnie Izba ustaliła, że zarzut nr 1 *petitum* odwołania podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie

z wyrokiem Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych

z wyrokiem Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak już wskazano powyżej, Zamawiający w dniu 19 stycznia 2024 r. wykonał czynności nakazane wyrokiem KIO 3812/23, odrzucając ofertę Odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 528 pkt 2 i 5 ustawy Pzp, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 553 zdanie drugie ustawy Pzp. Zgodnie z art. 529 ust. 1 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 8 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:.....