

WYROK

Warszawa, dnia 3 marca 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2025 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2025 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia HOSPITAL SERVICE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu, IMPEL FACILITY SERVICES SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Międzyleski Szpital Specjalistyczny z siedzibą w Warszawie przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego: FUDEKO SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Gdyni, FUDEKO MEDICAL SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gdyni

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 4 w *petitum* odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych
2. Oddala odwołanie
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia HOSPITAL SERVICE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu, IMPEL FACILITY SERVICES SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy), 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz 2 167 zł 01 gr (dwa tysiące sto sześćdziesiąt siedem złotych jeden grosz) poniesioną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu.

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 407/25

UZASADNIENIE:

Zamawiający - Międzyleski Szpital Specjalistyczny z siedzibą w Warszawie trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości w Międzyleskim Szpitalu Specjalistycznym na okres 36 miesięcy”, nr referencyjny: U-11/N/24.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 czerwca 2024 r. pod numerem: 353236-2024.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia HOSPITAL SERVICE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu, IMPEL FACILITY SERVICES SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu (~~dotychczas~~ odwołujący) w dniu 3 lutego 2025 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, a mianowicie:

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Fudeko SA i Fudeko Med Sp. z o.o. ul. Spokojna 4, 81-549 Gdynia (*dalej Fudeko lub wybrany wykonawca*) i dokonanie wyboru tejże oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo, że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Security&Cleaning System Sp. z o.o. i Security&Cleaning System Sp. z o.o. Spółka Komandytowa ul. Raclawicka 15/19, 53-149 Wrocław (*dalej S&C lub drugi wykonawca*) i sklasyfikowanie tejże oferty jako drugiej w postępowaniu, mimo, że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 3) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i zaniechanie unieważnienia postępowaniu, pomimo, że wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegają odrzuceniu;

Ewentualnie

- 4) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i zaniechanie unieważnienia postępowaniu, pomimo, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 239, art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wybranego wykonawcę i dokonanie wyboru tejże oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo, że oferta ta

jest niezgodna z warunkami zamówienia gdyż:

- a)zaoferowany przez wybranego wykonawcę do realizacji zamówienia środek Incidin Pro nie wykazuje działania na Tbc (M. terrae, M. avium) w czasie 15 min podczas, gdy zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ w poz. nr 1 wymagane było zaoferowanie do realizacji zamówienia preparatu do: *mycia i dezynfekcji dużych powierzchni o spektrum B, F, V (HIV, HBV, HCV, Rota) Tbc (M. terrae, M. avium), w czasie 15 min;*
- b)zaoferowany przez wybranego wykonawcę do realizacji zamówienia środek Oxivir Plus, nie ma pełnego działania prątkobójczego - Tbc wykazuje tylko działanie na M. Terrae tj. prątki gruźlicy oraz nie ma pełnego działania sporobójczego (B. subtilis, B. cereus), wykazuje tylko działanie na Cl. Difficile podczas, gdy zgodnie z Załącznikiem nr 4 w poz. nr 2 wymagane było zaoferowanie preparatu do: *mycia i dezynfekcja powierzchni zmywalnych w izolatkach o spektrum B, F, V (Polio, Adeno) Tbc, S (w tym Clostridium difficile), w czasie 15 min.*
- c)zaoferowany przez wybranego wykonawcę środek do mycia podłóg podczas realizacji zamówienia -Maxx Brial2, który zgodnie z ulotką producenta zalecany jest do mycia powierzchni ponad podłogowych. Preparat można użyć do ręcznego mycia podłogi w razie konieczności, jednakże produkt ten stanowczo nie daje się do maszynowego mycia podłóg, podczas, gdy zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ w poz. nr 3 wymagane było zaoferowanie preparatu do *mycia powierzchni podłogowych* a zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ, pkt 17f wymagane jest również maszynowe codzienne mycie podłóg;
- d)zaoferowane przez wybranego wykonawcę do realizacji zamówienia preparaty Desam Prim oraz Oxivi Plus nie spełniają warunków zamówienia tj.:

i.Desam Prim nie wykazuje działania na Tbc oraz S (w tym Clostridium difficile) w czasie do 15 min, podczas, gdy zgodnie z Załącznikiem nr 4 w poz. nr 4 wymagane było zaoferowanie preparatu do *mycia i dezynfekcji powierzchni sanitarnych i zanieczyszczonych materiałem organicznym - koncentrat w płynie opartego na bazie aktywnego chloru o spektrum B, V(Polio, Adeno), Tbc, F, S (w tym Clostridium difficile) w czasie do 15 min* a niezgodność ww. środka z warunkami zamówienia stwierdzona została w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2024 r. sygn. akt 4551/24 dotyczącej przedmiotowego postępowania o zamówienia publiczne;

ii.Oxivi Plus który nie jest preparatem na bazie aktywnego chloru tylko na bazie nadtlenu wodoru i kwasu salicylowego oraz nie wykazuje działania na Tbc w warunkach brudnych tzn. zanieczyszczonych materiałem organicznym w czasie 15 minut, ponieważ dopiero po 30 min działa na Tbc w warunkach brudnych. Również preparat Oxivir Plus nie posiada pełnego działania sporobójczego - S (w tym Clostridium difficile) w warunkach brudnych. Preparat Oxivir Plus zgodnie z badaniami od producenta w zakresie sporobójczym - S działa tylko na Cl. Difficile warunki czyste tzn. nie zanieczyszczone materiałem organicznym w czasie 15 minut, oraz Bacillus subtilis w warunkach czystych w czasie 30 minut podczas, gdy zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ w poz. nr 4 wymagane było zaoferowanie preparatu do *mycia i dezynfekcji powierzchni sanitarnych i zanieczyszczonych materiałem organicznym - koncentrat w płynie opartego na bazie aktywnego chloru o spektrum B, V(Polio, Adeno), Tbc, F, S (w tym Clostridium difficile) w czasie do 15 min.*

e)zaoferowane przez wybranego wykonawcę do realizacji zamówienia chusteczki Velox Wipes NA, nie posiadają pełnego spektrum działa tj. wykazują ograniczone działanie wirusobójcze- działają tylko na wirusy osłonkowe (HIV, HBV, HCV, wirus grypy, Vaccinia, BVDV, Sars-CoV-2, Herpes simplex, Ebola); brak działa na wirusy nieosłonkowe, podczas, gdy zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ w poz. nr 8 wymagane było zaoferowanie preparatu/ *chusteczek do dezynfekcja powierzchni dotykanych o pełnym spektrum działania.*

2)art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez drugiego wykonawcę i sklasyfikowanie tejże oferty jako drugiej w postępowaniu, mimo, że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż

- a)zaoferowany przez drugiego wykonawcę do realizacji zamówienia preparat Quato 78 Plus Koncentrat/ Swish, nie działa na Tbc (M.avium, M. terrae) oraz nie działania na F (Candidia albicans, Aspergillus brasiliensis) podczas, gdy zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ poz. nr 1 wymagane było zaoferowanie preparatu do:*mycia i dezynfekcji dużych powierzchni o spektrum B, F, V (HIV, HBV, HCV, Rota) Tbc (M. terrae, M. avium), w czasie 15 min;*
- b)zaoferowany przez drugiego wykonawcę do realizacji zamówienia preparat Quato78 Plus Koncentrat/ Swish, nie działa na F (Candidia albicans, Aspergillus brasiliensis), Tbc, V (Polio, Adeno), S (w tym Clostridium difficile) podczas, gdy zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ poz. nr 2 wymagane było zaoferowanie preparatu do:*mycia i dezynfekcji powierzchni zmywalnych w izolatkach o spektrum B, F, V (Polio, Adeno), Tbc, S (w tym Clostridium difficile), w czasie 15 min.;*

- c) zaoferowany przez drugiego wykonawcę do realizacji zamówienia preparat Desam Prim, który nie wykazuje działania na Tbc oraz S (w tym Clostridium difficile) w czasie do 15 min podczas, gdy zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ poz. nr 4 wymagane było zaoferowanie preparatu *domycia i dezynfekcji powierzchni sanitarnych i zanieczyszczonych materiałem organicznym - koncentrat w płynie opartego na bazie aktywnego chloru o spektrum B, V (Polio, Adeno), Tbc, F, S (w tym Clostridium difficile) w czasie do 15 min* niezgodność ww. środka z warunkami zamówienia stwierdzona została w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2024 r. sygn. akt 4551/24 dotyczącej przedmiotowego postępowania o zamówienia publiczne;
- d) zaoferowany przez drugiego wykonawcę do realizacji zamówienia preparat Incidin Liquid w zakresie Tbc nie działa na M. avium podczas, gdy zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ poz. nr 7 wymagane było zaoferowanie preparatu *Dozyna Dezynfekcji trudno dostępnych miejsc o spektrum B (w tym MRSA), V (Rota, Adeno, HIV, HBV, HCV), Tbc (M. terrae, M. avium), F – drożdżakobójcze (Candida albicans)*;
- e) zaoferowane przez drugiego wykonawcę do realizacji zamówienia chusteczki Velox Wipes NA, nie posiadają pełnego spektrum działania tj. wykazują ograniczone działanie wirusobójcze- działają tylko na wirusy osłonkowe (HIV, HBV, HCV, wirus grypy, Vaccinia, BVDV, Sars-CoV-2, Herpes simplex, Ebola); brak działania na wirusy nieosłonkowe podczas, gdy zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ poz. nr 8 wymagane było zaoferowanie preparatu/ chusteczek *do dezynfekcji powierzchni dotykanych o pełnym spektrum działania*;
- f) zaoferowany przez drugiego wykonawcę do realizacji zamówienia preparat E35 Gel który nie wykazuje działania bakteriobójczego, grzybobójczego, prątkobójczego i wirusobójczego oraz nie występuje w butelce o pojemności 750 ml podczas, gdy zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ poz. nr 10 wymagane było zaoferowanie preparatu w żelu *do wszystkich urządzeń sanitarnych, gotowy do użycia pojemność opakowania 750 ml, działający bakteriobójczo, grzybobójczo, prątkobójczo i wirusobójczo*.

3) art. 239, art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 255 pkt 2 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo, że wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegają odrzuceniu;

ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia powyższego zarzutu nr 3

4) art. 239, art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 255 pkt 6 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i zaniechanie unieważnienia postępowaniu, pomimo, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej umowie w sprawie zamówienia publicznego.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie i uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. ponowne badanie i ocenę ofert złożonych w postępowaniu;
3. nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Fudeko;
4. nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy S&C;
5. unieważnienie postępowania.

Odwolujący oświadczył, że ma interes w złożeniu odwołania, gdyż w przypadku jego uwzględnienia i unieważnienia przedmiotowego postępowania zamierza ubiegać się i będzie ubiegał się o udzielenie zamówienia w nowo rozpisany postępowaniu na ten sam przedmiot zamówienia u tego samego Zamawiającego.

Odwolujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 74/18.

Odwolujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż w wyniku zarzucanych działań i zaniechań Zamawiającego doszło do wyboru oferty, która powinna zostać odrzucona. Jednocześnie druga oferta pozostająca w postępowaniu również podlega odrzuceniu ze względu na niezgodność oferty z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w postępowaniu. W związku z tym, w przedmiotowym postępowaniu nie pozostaje już żadna oferta, która nie podlega odrzuceniu, a w konsekwencji niniejsze postępowanie podlega unieważnieniu.

Odwolujący zwrócił uwagę, że gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy, to odrzuciłby oferty złożone przez konsorcjum Fudeko, a także przez konsorcjum S&C 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. Odwołujący podniósł, że podstawą takiego rozumienia interesu jest orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości m.in. z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 w sprawie Archus, który wskazuje, że 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 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 potwierdziła, 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.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, nie budzi wątpliwości, że Odwołujący, jako podmiot zainteresowany danym zakresem zamówienia, nie jest pozbawiony prawa do wniesienia odwołania, nawet jeśli jego oferta została wcześniej odrzucona. Co więcej, do momentu podpisania umowy Zamawiający może zmienić swoją decyzję, a zatem status wykonawcy nie jest jeszcze ostatecznie przesądzony. W konsekwencji czego nie powinno się go pozbawiać prawa do wniesienia odwołania.

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 udzielenia tegoż zamówienia czyli konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł również, że może ponieść szkodę w wyniku powyżej wskazanych naruszeń ustawy dokonanych przez Zamawiającego, gdyż w wyniku tychże uchybień zamówienie zostanie udzielone wykonawcy, którego oferta jest wadliwa i niegodna z warunkami zamówienia. Zawarcie umowy z ww. wykonawcą, skutkuje szkodą dla Odwołującego, gdyż w ten sposób zostanie on pozbawiony możliwości złożenia oferty i zawarcia umowy, w postępowaniu, które zostałyby ogłoszone po unieważnieniu przedmiotowego postępowania. Odwołujący na skutek ww. uchybień Zamawiającego został więc pozbawiony możliwości ponownego ubiegania się o udzielenie zamówienia, zawarcia umowy w postępowaniu oraz osiągnięcia zysku, które nastąpiłoby po unieważnieniu przedmiotowego postępowania a w konsekwencji możliwości zarobkowania w wysokości odpowiadającej wartości ceny ofertowej na usługi objęte przedmiotem zamówienia i uzyskania zysku. Korzyści finansowe płynące z zawarcia umowy przypadną natomiast wykonawcy, który w przedmiotowym postępowaniu został wybrany niezgodnie z przepisami Ustawy.

Niezależnie od powyższego oraz z daleko idącej ostrożności Odwołujący podniósł również, że w chwili złożenia niniejszego odwołania znajduje się w terminie na złożenie skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 4551/24. Wobec powyższego Odwołujący jest uczestnikiem przedmiotowego postępowania i wciąż może pozyskać zamówienie o numerze referencyjnym U-11/N/24.

Pismem z dnia 19 lutego 2025 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający podniósł, że wykonawca traci interes w uzyskaniu zamówienia, jeżeli jego oferta zostanie odrzucona, a we wnoszonym odwołaniu nie będzie kwestionował prawidłowości czynności odrzucenia swojej oferty, jedynie prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej. Związane jest to z utratą statusu wykonawcy.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia FUDEKO SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Gdyni FUDEKO MED SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gdyni zgłoszili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W zgłoszonym przystąpieniu ww. wykonawcy wnieśli o odrzucenie odwołania. Zdaniem wykonawców w momencie wnoszenia odwołania Odwołujący nie miał statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bowiem jego oferta została odrzucona zgodnie z

wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2024 roku w sprawie o sygn. akt KIO 4551/24.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawców. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie wykonawcy skutecznie zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikami postępowania odwoławczego.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika postępowania Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. W razie nieuwzględnienia przez Izbę wniosku o odrzucenie odwołania, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na niespełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Powyższe oznacza, że odwołanie nie będzie rozpoznawane przez Izbę merytorycznie. Co istotne Krajowa Izba Odwoławcza bada z urzędu, czy w danej sprawie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania.

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp *Odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkursu lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie: 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.*

Alogiczne były twierdzenia Odwołującego, który wskazał, że termin na wniesienie odwołania wobec treści specyfikacji warunków zamówienia należy, najwcześniej, liczyć od dnia otwarcia ofert, bowiem wykonawca nie wie czy do tego czasu Zamawiający nie dokona zmian. Jeszcze bardziej niezrozumiałe są powyższe twierdzenia w przedmiotowej sprawie. Odwołujący wskazuje na wadę postępowania, którą zauważył już na etapie zamieszczenia specyfikacji warunków zamówienia, licząc termin nawet nie od dnia otwarcia ofert tylko od dnia kolejnego wyboru najkorzystniejszej oferty. Wbrew twierdzeniom Odwołującego termin na wniesienia odwołania wobec treści specyfikacji warunków zamówienia należy liczyć od dnia ogłoszenia i udostępnienia specyfikacji warunków zamówienia ewentualnie od dnia dokonania zmian treści specyfikacji warunków zamówienia czy też zaniechania ich dokonania.

Co za tym idzie, odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia upłynęło 24 czerwca 2024 r. W świetle powyższego, odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 4 w *petitum* odwołania okazało się spóźnione.

Wniosek Zamawiającego oraz Uczestnika postępowania o odrzucenie odwołania w całości na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Art. 528 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.*

Argumentacja Zamawiającego oraz Uczestnika postępowania sprowadzała się do tego, że Odwołujący utracił status wykonawcy bowiem jego oferta została skutecznie odrzucona. W uzasadnieniu Zamawiający jak i Uczestnik postępowania wskazywali, że *wykonawca traci interes w uzyskaniu zamówienia, jeżeli jego oferta zostanie odrzucona, a we wnoszonym odwołaniu nie będzie on kwestionował prawidłowości czynności odrzucenia swojej oferty, jedynie prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej.* Nadto, wskazywali, że choć w momencie wnoszenia odwołania, jak twierdzi Odwołujący, *znajduje się w terminie na złożenie skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 4551/24, to czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia toczyły się już bez udziału Odwołującego, który utracił status wykonawcy w postępowaniu zakończonym wyborem oferty innego podmiotu.*

Skład orzekający w pełni podziela twierdzenia, że *wykonawca traci interes w uzyskaniu zamówienia, jeżeli jego oferta zostanie odrzucona, a we wnoszonym odwołaniu nie będzie on kwestionował prawidłowości czynności odrzucenia swojej oferty, jedynie prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej.* Powyższe nie ma jednak zastosowania w przedmiotowej sprawie. Umknęło Zamawiającemu oraz Uczestnikowi postępowania, że Odwołujący nie może kwestionować w odwołaniu prawidłowości czynności odrzucenia swojej oferty bowiem została ona odrzucona w wyniku rozstrzygnięcia odwołania, wniesionego nota bene przez Uczestnika postępowania.

Odnosząc się do braku udziału Odwołującego w czynnościach w postępowaniu o udzielenie zamówienia – ani Zamawiający ani też Uczestnik postępowania nie rozwinęli wątku w jakich to czynnościach Odwołujący brałby udział, gdyby jego oferta nie została odrzucona. Czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia dokonuje Zamawiający, stąd odwołanie wnosi się wobec czynności lub zaniechań zamawiającego, a nie wykonawcy. To zamawiający dokonuje badania i oceny ofert, a wykonawcy dowiadują się o wyniku poprzez informację o której mowa w art. 253 ustawy Pzp. Owszem wykonawca bierze czynny udział w postępowaniu, np. odpowiadając na wezwania zamawiającego, ale nie każdy wykonawca i nie w każdym postępowaniu.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej 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 z uwagi na fakt, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej nie jest prawomocny, nie sposób uznać, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości w Międzyleskim Szpitalu Specjalistycznym na okres 36 miesięcy.

Zamawiający pismem z dnia 22 listopada 2024 r. zawiadomił wykonawców m.in. o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia HOSPITAL SERVICE SPÓŁKA OGRANICZONA ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu, IMPEL FACILITY SERVICES SPÓŁKA OGRANICZONA ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu.

W dniu 2 grudnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia FUDEKO SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Gdyni, FUDEKO MED SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gdyni w odwołaniu od czynności i zaniechań Zamawiającego, tj. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia HOSPITAL SERVICE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu, IMPEL FACILITY SERVICES SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Sprawa została zarejestrowana pod sygn. akt KIO 4551/24

Wyrokiem z dnia 30 grudnia 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w części i nakazała:

- a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
- b) odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia HOSPITAL SERVICE SPÓŁKA OGRANICZONA ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu, IMPEL FACILITY SERVICES SPÓŁKA OGRANICZONA ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu
- c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający, pismem z dnia 23 stycznia 2025 r., zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FUDEKO SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Gdyni, FUDEKO MED SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gdyni oraz m.in. o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia HOSPITAL SERVICE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu, IMPEL FACILITY SERVICES SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu.

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, że otrzymał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 4551/24 w dniu 24 stycznia 2025 r. Odwołujący oświadczył również, że wniósł skargę na wyrok KIO 4551/24, załączając do skargi wnioski o zwolnienie od kosztów sądowych.

Uczestnik postępowania na posiedzeniu przedłożył wydruk z portalu informacyjnego zarządzenia z dnia 18 lutego 2025 r., w którym to sąd wezwał pełnomocnika Odwołującego do złożenia pełnomocnictw procesowych.

Izba zważyła, co następuje:

Art. 505 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *środki ochrony prawnej 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.*

Rozpoznając odwołanie, Izba dokonała badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Izba ustaliła, że w sprawie rozpatrywanej Odwołujący nie ma legitymacji do wniesienia odwołania.

Tytułem wstępu wskazać należy, że interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia oznacza możliwość jego otrzymania. Interes posiada wykonawca, który wskutek niezgodnych z prawem czynności lub zaniechań zamawiającego traci możliwość uzyskania zamówienia. Co istotne, w wyniku niezgodnych z prawem czynności lub zaniechań zamawiającego, a nie w wyniku własnych zaniedbań. Podkreślenia wymaga, że celem postępowania odwoławczego nie jest zapewnienie zgodności czynności zamawiającego z prawem in abstracto.

Nie sposób również uznać, że w zaistniałej sytuacji Odwołujący poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, skoro to Odwołujący, z pełną świadomością, złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia. Uwypuklić należy, że celem postępowania odwoławczego nie jest umożliwienie wykonawcy naprawienie błędów poprzez nakazanie unieważnienia postępowania i umożliwienie mu ponownego złożenia oferty, tym razem zgodnej z warunkami zamówienia.

Odwołujący mimo, że zauważył wadę postępowania, tj. brak możliwości zaferowania środka do dezynfekcji spełniającego wszystkie wymagania Zamawiającego, po pierwsze - złożył wniosek o wyjaśnienie treści SWZ po terminie wskazanym w ustawie. Po drugie - nie wniósł odwołania wobec treści warunków zamówienia, po trzecie – nie bacząc na to, że na rynku nie ma preparatu spełniającego wszystkie wymagania Zamawiającego (z ocenie Odwołującego), zdecydował się złożyć ofertę i zaproponował dwa środki, z których żaden nie spełniał (w całości) wymagań Zamawiającego (jeden nie był w formie koncentratu, drugi nie miał wymaganej skuteczności mikrobójczej). Odwołujący, podmiot profesjonalny, który jest uczestnikiem wielu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i na pewno zdaje sobie sprawę jak bardzo sformalizowane jest owe postępowanie, składa ofertę, która jest niezgodna z warunkami zamówienia tłumacząc, że Zamawiający po terminie składania ofert może niejako „przymknąć oko” na pewne, w ocenie Odwołującego, nieistotne wymagania i wybrać sobie jeden z zaferowanych preparatów ewentualnie użyć dwóch.

Odwołujący przyznał, że żaden z zaferowanych produktów nie spełnia wszystkich wymagań Zamawiającego. Co za tym idzie, to nie czynności Zamawiającego uniemożliwiły mu uzyskanie zamówienia, Odwołujący sam pozbawił się możliwości uzyskania zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 30 grudnia 2024 roku w sprawie o sygn. akt KIO 4551/24 nakazała odrzucić ofertę Odwołującego, co też Zamawiający uczynił. Odwołujący dla wykazania interesu oraz statusu wykonawcy wniósł skargę na ww. orzeczenie, składając wniosek o zwolnienie z opłaty sądowej oraz nie załączając do skargi pełnomocnictwa procesowego. Przy czym, co istotne, Odwołujący przyznał, że żaden z zaferowanych przez niego preparatów nie spełnia wszystkich wymagań Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod rozwagę Izba uznała, że działania Odwołującego były pozorne i zmierzały wyłącznie do umożliwienia mu wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Takie działania Odwołującego nie zasługiwały na ochronę.

Odwołujący świadomie zaferował preparaty niezgodne z warunkami zamówienia przez co sam doprowadził do sytuacji w której utracił możliwość uzyskania zamówienia.

Konkludując, wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia jest koniecznym warunkiem rozpoznania przez Izbę wniesionego odwołania. Brak wykazania łącznego spełnienia przesłanek interesu we wniesieniu odwołania wymienionych w przepisie art. 505 ust. 1 ustawy Pzp zawsze będzie prowadzić do oddalenia odwołania i to bez potrzeby rozpoznania jego zarzutów. Z uwagi na powyższe, odwołanie należało oddalić.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. § 5 pkt 1 lit. a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: