

**POSTANOWENIE**

Warszawa dnia 5 marca 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Członkowie: Robert Skrzyszewski

Maksym

Smorczewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 5 marca 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2025 r. przez Odwołującego – wykonawcę Invest House Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Koziegłowach,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa - Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu

przy udziale:

A. wykonawcy WUPRINŻ spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

B. wykonawcy STRABAG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**postanawia:**

1. Odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawcę Invest House Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Koziegłowach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) 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 : .....

.....  
.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa - Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity

U. 2024 r., poz. 1320 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Zadanie 55208 Poznań 12 WBOT pn. „Przebudowa i rozbudowa infrastruktury podziemnej”, Znak postępowania: 15/WZI/24/WIB.

W dniu 3 lutego 2025 r. wykonawca Invest House Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Koziegłowach (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie Pzp od czynności i zaniechań Zamawiającego, stawiając zarzuty naruszenia:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty, pomimo iż wykonawca ten z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, co w konsekwencji doprowadziło do odstąpienia od umowy.

2. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia oferty STRABAG Sp. z o.o. i wybór oferty STRABAG Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji

w której wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez wskazanie w oświadczeniu z dnia 28.08.2024 r., iż nie podlega wykluczeniu w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp

W konsekwencji Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty STRABAG Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia oferty STRABAG sp. z o. o., a także
- 3) przeprowadzenie ponownej oceny i badania ofert.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca STRABAG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie. Z kolei przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca WUPRINŻ spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu.

W dniu 3 marca 2025 r. Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo w którym wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 Pzp ewentualnie o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że w dniu 7 stycznia 2025 r., w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok (sygn. akt: KIO 2962/24), w którym uwzględniła odwołanie złożone przez wykonawcę Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty- Odwołującego tj. wykonawcy Invest House Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Koziegłowach (punkt 1 sentencji).

W postępowaniu o sygn. akt KIO 2962/24 Odwołujący w niniejszej sprawie złożył skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego i był uczestnikiem postępowania odwoławczego. Orzeczenie w sprawie o sygn. akt KIO 2962/24 wraz z uzasadnieniem zostało doręczone Odwołującemu w dniu 5 lutego 2025 r. Na przedmiotowy wyrok nie została złożona skarga do sądu w trybie i terminie przewidzianym w art. 579 oraz 580 ustawy Pzp.

W dniu 24 stycznia 2024 r. Zamawiający realizując wyrok Izby dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jednocześnie odrzucając ofertę Odwołującego.

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 wskutek braku zaskarżenia w drodze skargi do sądu zgodnie z art. 579 ust. 1 ustawy Pzp rozstrzygnięcia w sprawie o sygn. akt KIO 2962/24 w zakresie odrzucenia swojej oferty, co skutkowało tym, że czynność ta stała się ostateczna.

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 worzeczeniach 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.*”

Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej 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 Warszawie 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. Sąd w wydanym orzeczeniu 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.”

Z taką sytuacją mamy do czynienia w okolicznościach niniejszej sprawy. Bezsporne jest, że w dniu 24 stycznia 2024 r. Zamawiający wykonał wprost sentencję orzeczenia KIO 2962/24, która nakazywała odrzucenie oferty Odwołującego. Odwołujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2962/24 i był jego uczestnikiem. Zgodnie bowiem z art. 579 ust. 1 ustawy Pzp, na orzeczenie Izby oraz postanowienie Prezesa Izby, o którym mowa w art. 519 ust. 1, stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu.

Należy stwierdzić, że wobec niezaskarżenia przez Odwołującego w drodze skargi orzeczenia w sprawie KIO 2962/24, 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. W wyniku powyższego Odwołujący, którego oferta została skutecznie odrzucona wyrokiem Izby, utracił status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Czynne działanie Odwołującego w zakresie obrony własnej oferty ma kluczowe znaczenie dla oceny, czy może on skutecznie kwestionować pozostałe decyzje instytucji zamawiającej.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 528 pkt 2 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), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący :.....

.....  
.....