

Sygn. akt: KIO 845/25

Warszawa, 18 marca 2025 r.

## POSTANOWIENIE

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 marca 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A.W. oraz J.K. prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej działającej pod nazwą PPHU A`TU Service s.c. z siedzibą w Andrespolu, ul. Urocz 1 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, ul. Pomorska 251

uczestnik po stronie zamawiającego:

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum Citonet-Łódź Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Świętojańska 5/9 oraz Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. z siedzibą lidera w Toruniu, ul. Żółkiewskiego 20/26

### postanawia:

1.Odrzuca odwołanie na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy,

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego A.W. oraz J.K. prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej działającej pod nazwą PPHU A`TU Service s.c. z siedzibą w Andrespolu i zalicza w poczet 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 845/25

## UZASADNIENIE

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie kompleksowej usługi: dzierżawy, prania, dezynfekcji i transportu odzieży operacyjnej barierowej wraz z usługą dzierżawy i obsługi dystrybutorów wydających oraz automatów zbierających dla Bloku Operacyjnego Centrum Kliniczno-Dydaktycznego CSK UM w Łodzi, numer postępowania: ZP/122/2024 ogłoszono w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z 23 sierpnia 2024 r., pod numerem 507372-2024.

28 lutego 2025 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania i wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum Citonet-Łódź Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Świętojańska 5/9 oraz Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. z siedzibą lidera w Toruniu, ul. Żółkiewskiego 20/26.

10 marca 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia A.W. oraz J.K. prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej działającej pod nazwą PPHU A`TU Service s.c. z siedzibą w Andrespolu, ul. Urocz 1 wnieśli odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z 28 sierpnia 2024 r. udzielonego przez obu wspólników spółki cywilnej. Do odwołania dołączono dowód jego opłacenia oraz dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 18 ust. 1- 3 w związku z art. 74 ust. 2 pkt 1 i art. 16 pkt. 1, pkt. 2, pkt. 3 w związku z art. 17 ust. 2 ustawy przez zaniechanie zamawiającego odtajnienia i udostępnienia odwołującemu informacji zawartych w dokumentach:

a)wymazów czystościowych,

b)wynikach badań mikrobiologicznych,

c)certyfikatu badania niezależnego laboratorium odzieży operacyjnej,

d)kart danych technicznych i prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję, nieprzejrzysty, nieproporcjonalny a także w sposób nieuzasadniony tajny polegający na rzeczywistym uniemożliwianiu odwołującemu

nie tylko oceny złożonych w postępowaniu dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków postępowania, wyjaśnień rażąco niskiej ceny ale nawet poznanie dokładnej listy dokumentów utajnionych, mający bezpośredni wpływ na dokonany wybór oferty najkorzystniejszej a tym samym na możliwość złożenia środków ochrony prawnej adekwatnie do poznanych czynności zamawiającego, w sytuacji gdy utajnienie postępowania uniemożliwia realizację głównego celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakim jest wybór wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy.

2.art. 71 ust. 1 w związku z art. 73 ust. 1, art. 7 pkt. 19 oraz art. 16 pkt 1 i pkt 2, art. 17 ust. 3 i art. 18 ust. 1 ustawy przez nieprawidłowe, niepełne, nieobiektywne, niewykonywane na bieżąco, nieodzwierciedlające nie tylko rzeczywistego, ale w ogóle przebiegu prowadzonego postępowania, nieprzejrzyste i skutkujące brakiem jawności prowadzenie protokołu postępowania i zaniechanie niezwłocznego ujawnienia treści rzeczywistych czynności dokonanych w postępowaniu,

3.art. 128 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Citonet-Łódź sp. z o.o i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci opinii sanitarno-epidemiologicznej,

4.art. 128 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Citonet-Łódź sp. z o.o i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu narzędzi oraz wykazu usług i braku spełniania warunku udziału w postępowaniu,

ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Citonet-Łódź sp. z o.o i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A.,

5.art. 239 ust. 1 ustawy przez wadliwy wybór przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w sposób prawidłowy z uwzględnieniem warunków zamówienia, w tym wymagań SWZ,

3.nakazanie zamawiającemu odtajnienia i udostępnienie odwołującemu dokumentów zastrzeżonych w postępowaniu,

4.nakazanie zamawiającemu uzupełnienie protokołu postępowania w sposób prawidłowy i udostępniania go odwołującemu niezwłocznie wraz ze wszystkimi załącznikami,

5.nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Citonet-Łódź sp. z o. o i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A.,

ewentualnie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie braku spełniania warunku udziału zdolności technicznej i zawodowej oraz złożenia środków podmiotowych w postaci opinii sanitarno-epidemiologicznej.

6.unieważnienia postępowania.

Odwołujący wskazał, że jego interes we wniesieniu odwołania wynika samodzielnie z brzmienia jednej z zasad podstawowych - zasady jawności postępowania. Odwołujący, tak jak każdy inny podmiot, a nie tylko uczestnik postępowania, ma uprawnienie do uzyskania prawidłowego protokołu postępowania, inkorporującego wszystkie dokonane czynności i wgląd do załączników protokołu.

Zasada jawności, uregulowana w art. 18 ustawy, ma na celu zapewnienie wszystkim zainteresowanym możliwości zapoznania się z informacjami o danym postępowaniu oraz wszelkimi dokumentami i oświadczeniami stanowiącymi załączniki do protokołu, w tym zgodnie z art. 73 ust. 1, w szczególności ofertami, opiniami biegłych, oświadczeniami, informacjami z zebrania z wykonawcami, zawiadomieniami, wnioskami, dowodami przekazania, zamieszczenia ogłoszeń, w tym innymi dokumentami i informacjami składanymi przez zamawiającego i wykonawców oraz umowami w sprawie zamówienia publicznego. Na zamawiającym spoczywa obowiązek zapewnienia dostępu do informacji i dokumentów prowadzonego postępowania wszystkim zainteresowanym a zatem nie tylko uczestnikom, ale również innym zainteresowanym podmiotom.

Powołał uchwałę KIO z 6lutego 2019 r., KIO/KD 6/19,

Zamawiający dokonywanymi czynnościami narusza zasadę jawności postępowania i jego prowadzenie w sposób przejrzysty i obiektywny z poszanowaniem uczciwej konkurencji.

Zamawiający narusza zasadę legalności i wydaje się, że celem nieobiektywnego podejmowania decyzji jest faworyzacja podlegającej odrzuceniu oferty. Wydaje się, że zamawiający pozoruje czynności badania i oceny ofert, gdyż mimo unieważnienia poprzedniego wyboru i powtórzenie czynności badania trudno obiektywnie uznać, że doszło do prawidłowej weryfikacji oferty wybranej jeśli obarczona jest ona brakiem spełnienia aż dwóch warunków udziału w postępowaniu, które to braki są oczywiste.

Odwołujący ma prawo do powzięcia jawnych informacji o dokładnym przebiegu postępowania by, co najmniej wykluczyć popełnione przez niego błędy organizacyjne czy funkcjonalne, które zaskutkowały brakiem złożenie oferty korzystniejszej w tym postępowaniu a także ma prawo ocenić zaistnienie wszystkich okoliczności i podstawy decyzji oraz czynności zamawiającego, które być może winy być poddane kontroli zewnętrznej np. w ramach kontroli doraźnej UZP i w tym celu przygotowania odpowiedniego wniosku.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania również dlatego, że był jednym z dwóch oferentów tego postępowania. Oferta odwołującego została wybrana pierwotnie. Skutkiem wyroku z 13 grudnia 2024 r. KIO 4374/24 oferta odwołującego została odrzucona. W postępowaniu pozostała wyłącznie jedna oferta. Głównym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 ustawy). Skutkiem utrzymania dokonanych przez zamawiającego naruszeń przepisów ustawy prawo zamówień publicznych i utrzymania wyboru oferty jedynej pozostałej będzie naruszenie głównego celu ustawy, w sytuacji gdy ta jedyna pozostała oferta także winna być odrzucona a samo postępowanie unieważnione. Odwołujący zna orzecznictwo Izby w zakresie istnienia interesu we wniesieniu odwołania, w tym także przeważającą linię orzeczniczą, w której podmiot odrzucony interesu takiego nie ma. Odwołujący zwraca jednak uwagę, na specyfikę tego konkretnego postępowania i jedynej pozostałej oferty w sposób oczywisty i obiektywny niespełniającej warunków udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej i do tego dwóch odrębnych warunków udziału. Odrzucenie jedynej pozostałej oferty skutkować będzie koniecznością unieważnienia postępowania, gdyż taka czynność pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z brakiem ważnych ofert w postępowaniu. Zamawiający będzie też musiał ogłosić nowe postępowanie, w którym odwołujący będzie miał możliwość uzyskania zamówienia.

Interes we wniesieniu odwołania nie jest wyłącznie interesem prawnym i wąsko rozumianym jak miało to miejsce w przepisach poprzednio obowiązującej ustawie. Odwołujący wywodzi naruszenie swojego interesu samodzielnie z zasady jawności, ale także z ratio legis ustawy i braku zapewnienia głównego celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a więc zawarcia umowy o z oferentem wybranym zgodnie z przepisami ustawy, co w tym konkretnym przypadku nie jest już możliwe i winno prowadzić do unieważnienia postępowania, gdyż oferta wybrana jest obecnie jedyną a również powinna być odrzucona a postępowanie unieważnione w trybie art. 255 pkt. 2 ustawy (art. 505 §1 ustawy). Konieczność unieważnienia postępowania, w tym konkretnym przypadku, wydaje się zdarzeniem pewnym a zatem może wchodzić w zakres desygnatu pojęcia interesu w szerszym tego znaczeniu i rozpoznania przez Izbę w ramach pewnej konieczności ogłoszenia nowego postępowania po jego unieważnieniu.

Przytoczył tezy Izby z wyroku z dnia 19 grudnia 2023 r, KIO 3600/23.

Odwołujący nie miał do tej pory możliwości podniesienia przed KIO naruszeń zamawiającego dotyczących drugiej oferty i jej wadliwości. W postępowaniu KIO 4374/24 , a więc tym gdzie rozpoznawane były zarzuty merytoryczne, odwołujący był oferentem wybranym a Izba nie miała możliwości, także prawnej w zakresie tej drugiej oferty, co wprost wynika z przepisu art.

555 ustawy prawo zamówień publicznych i kognicji Izby.

Uznanie, że odwołujący nie ma interesu oznaczałoby, że Izba zamyka możliwość zgodnego z prawem skorygowanie czynności zaniechanych, w szczególności treści protokołu ale także stanowiłoby jednoznacznie akceptację na pozostawienie w obrocie prawnym wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym oferta nie została wybrana zgodnie z ustawą i wypełniając zatem następczo zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu w trybie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Odwołujący poczynił obszerne uzasadnienie faktyczne i prawne stawianych zarzutów.

12 marca 2025r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

14 marca 2025 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Citonet-Łódź Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Świętojańska 5/9 oraz Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. z siedzibą lidera w Toruniu, ul. Żółkiewskiego 20/26. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictw z 18 listopada 2024 r. (Citonet-Łódź) przez prezesa zarządu i 19 listopada 2024 r. (TZMO) przez członka zarządu i prokurenta. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

Przystępujący wskazali, że mają interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępują, w szczególności w odrzuceniu odwołania. Oferta Citonet – Łódź – TZMO została bowiem wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, a w odwołaniu PPHU A'TU Service s.c. A.W., J.K. kwestionuje powyższe rozstrzygnięcie i żąda jego unieważnienia oraz odrzucenia oferty Citonet – Łódź – TZMO, a ponadto żąda odtajnienia i udostępnienia dokumentów złożonych przez Citonet – Łódź - TZMO stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Citonet – Łódź - TZMO oraz unieważnienia postępowania.

Uwzględnienie odwołania pozbawi Citonet – Łódź - TZMO zamówienia publicznego oraz możliwości osiągnięcia zysku z wykonywania zamówienia publicznego; a ponadto doprowadzi do ujawnienia konkurencyjnemu wykonawcy informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Citonet – Łódź – TZMO.

W wyniku uwzględnienia odwołania Citonet – Łódź – TZMO mogą zatem ponieść znaczne szkody.

Wnieśli o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony. Oferta Odwołującego PPHU A'TU Service s.c. A.W., J.K. została odrzucona, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2024 r. KIO 4374/24 (co Odwołujący przyznaje w treści odwołania). W takiej sytuacji,

zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, odwołujący jest podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania, a odwołanie to podlega odrzuceniu na podstawie 528 pkt 2 ustawy (tak samo jak poprzednie odwołanie wniesione w tym przetargu przez odwołującego, które zostało odrzucone postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2025 r. KIO 480/25 na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy).

#### **Stan faktyczny:**

Bezsporne jest, że w postępowaniu wpłynęły dwie oferty: odwołującego i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum Citonet-Łódź Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Świętojańska 5/9 oraz Toruńskie Zakłady Materiałów Opatunkowych S.A. z siedzibą lidera w Toruniu, ul. Żółkiewskiego 20/26.

12 listopada 2024 r. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę odwołującego.

22 listopada 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum Citonet-Łódź Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Świętojańska 5/9 oraz Toruńskie Zakłady Materiałów Opatunkowych S.A. z siedzibą lidera w Toruniu, ul. Żółkiewskiego 20/26 (dalej Citonet-Łódź – TZMO) wnieśli odwołanie na ten wybór i zaniechania zamawiającego stawiając zarzuty naruszenia:

1. art. 74 ust. 2 pkt 1), art. 18 ust. 1, art. 16 pkt 1) oraz art. 16 pkt 2) ustawy przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu następujących dokumentów złożonych przez PPHU A'TU SERVICE S.C. A.W., J.K.:

- 1) deklaracja zgodności dla oferowanej odzieży operacyjnej, niejałowej, komplet odzieży (bluza i spodnie),
- 2) certyfikat Oeko-Tex Standard 100 klasa II z niezależnego laboratorium. OEKO-TEX KL.II dla odzieży operacyjnej,
- 3) certyfikat PN-EN ISO 20743,
- 4) certyfikat PN-EN ISO 13934-1:201,
- 5) certyfikat OEKO TEX\_TORAY,
- 6) świadectwa rejestracji środków piorących i dezynfekcyjnych oraz wpisy do rejestru preparatów biobójczych,
- 7) informacje Ecolab,
- 8) oświadczenie o poufności Andropol,
- 9) umowa o poufności z pracownikami lub współpracownikami,

2. art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy

z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) oraz art. 16 pkt 1) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PPHU A'TU SERVICE S.C. A.W., J.K.,

3. ewentualnie: art. 128 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1) ustawy przez zaniechanie wezwania PPHU A'TU SERVICE S.C. A.W. J.K. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj.:

- 1) badań (wymazów lub badań wykonanych metodą odciskową), wykonanych w pralni wykonawcy przez akredytowane laboratorium, potwierdzających skuteczność dezynfekcji wózka transportowego, odzieży operacyjnej oraz stołu do pakowania odzieży operacyjnej lub składarki automatycznej - min. 3 z okresu 2021 – 2023, z zastrzeżeniem, że próbki do badań czystości mikrobiologicznej mają być pobrane wyłącznie przez pracownika akredytowanego laboratorium,
- 2) wykazu usług w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, obejmującego co najmniej jedną usługę dzierżawy, prania odzieży operacyjnej barierowej wyposażonej w chipy wraz

z użyczeniem i obsługą dystrybutorów wydających i zbierających, o wartości nie mniejszej niż 750 000,00 zł oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie,

4. art. 239 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1) ustawy przez wybór oferty PPHU A'TU SERVICE S.C. A.W., J.K..

Citonet- Łódź – TZMO wnieśli o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia odwołującemu następujących dokumentów złożonych przez PPHU A'TU SERVICE S.C. A.W., J.K.:

- 1) deklaracja zgodności dla oferowanej odzieży operacyjnej, niejałowej, komplet odzieży (bluza i spodnie),
- 2) certyfikat Oeko-Tex Standard 100 klasa II z niezależnego laboratorium. OEKO-TEX KL.II dla odzieży operacyjnej,
- 3) certyfikat PN-EN ISO 20743,
- 4) certyfikat PN-EN ISO 13934-1:201,
- 5) certyfikat OEKO TEX\_TORAY,
- 6) świadectwa rejestracji środków piorących i dezynfekcyjnych oraz wpisy do rejestru preparatów biobójczych,
- 7) informacje Ecolab,
- 8) oświadczenie o poufności Andropol,
- 9) umowa o poufności z pracownikami lub współpracownikami,

4. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej,

5. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty PPHU A'TU SERVICE S.C. A.W., J.K.,

6. ewentualnie: nakazanie zamawiającemu wezwania PPHU A'TU SERVICE S.C. A.W., J.K. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj.:

1) badań (wymazów lub badań wykonanych metodą odciskową), wykonanych w pralni wykonawcy przez akredytowane laboratorium, potwierdzających skuteczność dezynfekcji wózka transportowego, odzieży operacyjnej oraz stołu do pakowania odzieży operacyjnej lub składarki automatycznej - min. 3 z okresu 2021 – 2023, z zastrzeżeniem, że próbki do badań czystości mikrobiologicznej mają być pobrane wyłącznie przez pracownika akredytowanego laboratorium,

2) wykazu usług w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, obejmującego co najmniej jedną usługę dzierżawy, prania odzieży operacyjnej barierowej wyposażonej w chipy wraz

z użyczeniem i obsługą dystrybutorów wydających i zbierających, o wartości nie mniejszej niż 750 000,00 zł oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Odwołujący przystąpił wówczas do postępowania KIO 4374/24 po stronie zamawiającego i stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

4 grudnia 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania w całości.

6 grudnia 2024 r. pismo procesowe w sprawie złożyli Przystępujący,

w którym oświadczyli, że:

1. nie wnoszą sprzeciwu w zakresie uznania zarzutu nr 1 odwołania i umorzenia sprawy w zakresie tego zarzutu,

2. wnoszą sprzeciw wobec uznania pozostałych zarzutów odwołania i oddalenie odwołania w całości w zakresie zarzutów objętych sprzeciwem.

13 grudnia 2024 r. KIO wydała wyrok, w którym:

1. umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 odwołania.

2. uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 w części oraz w zakresie zarzutu nr 4 i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A.W., J.K. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą PPHU A'TU SERVICE S.C. A.W., J.K. w Andrespolu na podstawie art. 221 ust. 1 pkt 7 ustawy,

3. oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie.

Na ten wyrok ani strony, ani uczestnik (obecny odwołujący) nie wnieśli skargi, tym samym wyrok stał się prawomocny.

31 stycznia 2025 r. zamawiający wykonał wyrok KIO i poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Citonet-Łódź- TZMO oraz o odrzuceniu odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Na tę czynność 10 lutego 2025 r. odwołujący wniósł odwołanie, skarżący wyłącznie czynności związane z badaniem, oceną i wyborem oferty Citonet-Łódź- TZMO.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 18 ust. 1- 3 w związku z art. 74 ust. 2 pkt 1 i art. 16 pkt. 1, pkt. 2, pkt. 3 w związku z art. 17 ust. 2 ustawy przez zaniechanie zamawiającego odtajnienia i udostępnienia odwołującemu informacji zawartych w dokumentach:

a) wymazów czystościowych,

b) wynikach badań mikrobiologicznych,

c) certyfikatu badania niezależnego laboratorium odzieży operacyjnej,

d) kart danych technicznych i prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję, nieprzejrzysty, nieproporcjonalny a także w sposób nieuzasadniony tajny polegający na rzeczywistym uniemożliwianiu odwołującemu nie tylko oceny złożonych w postępowaniu dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków postępowania, wyjaśnień rażąco niskiej ceny ale nawet poznanie dokładnej listy dokumentów utajnionych, mający bezpośredni wpływ na dokonany wybór oferty najkorzystniejszej a tym samym na możliwość złożenia środków ochrony prawnej adekwatnie do poznanych czynności zamawiającego, w sytuacji gdy utajnienie postępowania uniemożliwia realizację głównego celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakim jest wybór wykonawcy zgodnie z przepisami ustaw.

2) art. 128 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Citonet-Łódź -TZMO do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu narzędzi i opinii sanitarno-epidemiologicznej.

3) art. 128 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Citonet-Łódź - TZMO do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu usług i braku spełniania warunku udziału w postępowaniu,

ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty Citonet-Łódź -TZMO.

4) art. 239 ust. 1 ustawy przez wadliwy wybór przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w sposób prawidłowy z uwzględnieniem warunków zamówienia, w tym wymagań SWZ,
3. nakazanie zamawiającemu odtajnienia i udostępnienie odwołującemu dokumentów zastrzeżonych w postępowaniu,
4. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Citonet-Łódź-TZMO ewentualnie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie braku spełniania warunku udziału zdolności technicznej i zawodowej oraz złożenia środków podmiotowych w postaci wykazu narzędzi i opinii sanitarno-epidemiologicznej.
5. unieważnienie postępowania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił Citonet-Łódź-TZMO.

KIO 27 lutego 2025 r. w sprawie KIO 480/25 odrzuciła odwołanie odwołującego jako wniesione przez podmiot nieuprawniony podając obszernie uzasadnienie prawne.

Jak już wskazano w rysie historycznym zamawiający 28 lutego 2025 r. ponowił wybór oferty Citonet-Łódź-TZMO nie dokonując jakichkolwiek nowych czynności w odniesieniu do oferty odwołującego. Odwołujący wniósł kolejne – aktualne odwołanie 10 marca 2025 r.

Zamawiający 12 marca 2025r. wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, o odrzuceniu odwołania wniósł również przystępujący.

#### **Rozważania KIO:**

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO) dopuściła w charakterze uczestnika postępowania Citonet-Łódź-TZMO.

Odwołanie zasługuje na odrzucenie na podstawie art. 528 pkt. 2 ustawy. KIO w całości uznaje za prawidłową i własną argumentację przedstawioną przez KIO w uzasadnieniu postanowienia z 27 lutego 2025 r. w sprawie KIO 480/25.

Przed wszystkim środki ochrony prawnej nie służą kontroli wszystkich czynności zamawiającego, czy kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod kątem jego zgodności z prawem. Nie jest to środek skutecznie zaskarżalny erga omnes. Środki ochrony prawnej nie służą także kontroli zgodności z prawem czynności poszczególnych wykonawców, czy uczestników konkursu.

Środki ochrony prawnej służą:

- po pierwsze ściśle określonymu kręgowi podmiotów,
- po drugie wobec czynności lub zaniechań wyłącznie zamawiającego,
- po trzecie takich, które godzą w interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogą prowadzić do poniesienia szkody (przesłanka materialnoprawna dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy).

Odwołujący bardzo obszernie skupił się na wyjaśnieniu posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia w kolejnym być może w przyszłości ogłoszonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz na wykazywaniu możliwości poniesienia szkody w związku z niepozyskaniem w przyszłości tego zamówienia. Oczywiście obszernie odnosił się także do zasad postępowania, w szczególności do zasady jawności, oraz zakazu wyboru wykonawcy niezgodnie z ustawą – art. 17 ust. 2 ustawy.

Natomiast kwestia istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia jest okolicznością badaną dopiero po ustaleniu, czy osoba wnosząca odwołanie mieści się w kręgu podmiotów, którym prawo do wniesienia odwołania przysługuje. Podmiotem nieuprawnionym jest bowiem taki podmiot, któremu ustawa nie przyznała prawa do wniesienia odwołania.

Do kręgu podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania należy:

- wykonawca – w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy,
- uczestnik konkursu – w rozumieniu art. 330 ustawy,
- inny podmiot np. podmiot, którego nie zaproszono do udziału w postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki, choć byłby zdolny do wykonania zamówienia
- organizacje wpisane na listę prowadzoną przez Prezesa UZP np. Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów, czy też Polski Związek Pracodawców Budownictwa,
- Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców.

Ten krąg jest kręgiem zamkniętym, co oznacza, że podmiotom spoza tego kręgu ustawodawca odmawia ochrony prawnej. Przykładowo takie prawo nie zostało przyznane członkowi grupy kapitałowej, do której należy wykonawca, który nie brał udziału w postępowaniu. Nawet jeśli nieuzyskanie zamówienia przez wykonawcę należącego do grupy kapitałowej, spowoduje, że inny wykonawca z tej grupy poniesie szkodę np. nie mogąc dostarczyć komponentów do przedmiotu zamówienia, o które ubiegał się wykonawca, to i tak taki członek grupy kapitałowej odwołanie skutecznie wnieść nie może.

Przymiot bycia wykonawcą jest zmienny w czasie. Można status wykonawcy stracić nie składając oferty w postępowaniu, choć jako wykonawca zadawało się pytania wobec treści SWZ, może upłynąć termin związania ofertą,

może nastąpić utrata wadium, wreszcie, jak w tej sprawie zamawiający może skutecznie odrzucić wykonawcę, który nie skorzysta ze środków ochrony prawnej. Ta ostatnia sytuacja miała miejsce w tej sprawie.

W tym postępowaniu istotą odrzucenia odwołania jest to, że odwołujący przestał być wykonawcą, z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia w sprawie KIO 4374/25. Fakt, że zamawiający później wykonał wyrok KIO, bo dopiero 31 stycznia 2025 r. nie ma tu znaczenia, bowiem odwołujący nie mógłby skutecznie skarżyć czynności wykonanych zgodnie z treścią wyroku KIO (art. 528 pkt. 5 ustawy oraz art. 527 ustawy).

Niewątpliwie odwołujący był wykonawcą w tym postępowaniu. Sam to potwierdza w odwołaniu wskazując: *„Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania również dlatego, że był jednym z dwóch oferentów tego postępowania. Oferta Odwołującego została wybrana pierwotnie. Skutkiem wyroku z 13.12.2024 r. KIO 4374/24 oferta Odwołującego została odrzucona.”*

Odwołujący ma zatem świadomość faktu, że z chwilą uprawomocnienia się wyroku KIO 4374/24 utracił przymiot wykonawcy, a w konsekwencji przestał być podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania, mimo to prawa tego się domaga uznając, że kognicja KIO rozciąga się na kontrolę całego postępowania o udzielenie zamówienia i badanie zgodności całości tego postępowania z prawem. Nie sposób jednak z tym stanowiskiem odwołującego się zgodzić, gdyż KIO z urzędu musi przestrzegać swojej właściwości rzeczowej jaką jest rozpoznawanie odwołań od czynności lub zaniechań zamawiającego. Do kontroli postępowań o udzielenie zamówienia, w taki sposób jak oczekiwałby tego odwołujący przewidziane są inne organy władzy publicznej, o których zresztą sam odwołujący wspomina w odwołaniu np. wskazany przez niego Prezes UZP w ramach kontroli doraźnej, czy też Najwyższa Izba Kontroli, a dla zamawiających samorządowych także Regionalne Izby Obrachunkowe.

Postępowanie przez KIO jest quasi-sądowym postępowaniem kontradyktoryjnym, czyli spornym, inicjowanym przez podmiot uprawniony podnoszący zarzuty w odniesieniu do wybranych przez ten podmiot czynności lub zaniechań zamawiającego, godzących w interes uprawnionego i mogących wywołać u niego szkodę. Aby KIO mogło rozpoznać odwołanie musi ono pochodzić od podmiotu uprawnionego i zostać wniesione w ustawowym zawitym terminie. W tej sprawie odwołania nie wniósł wykonawca, ale podmiot ostatecznie z postępowania wyeliminowany, który utracił taki status. W konsekwencji należało ocenić, że jest to podmiot nieuprawniony w rozumieniu art. 528 pkt 2 ustawy i odwołanie odrzucić.

Wydaje się, że odwołujący nie do końca rozumie swoją rolę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż uważa, że ma prawo do wniesienia odwołania, aby pozyskać informacje umożliwiające mu ewentualne sporządzenie wniosku o wszczęcie kontroli. Odwołujący wskazał bowiem, że *„Odwołujący ma prawo do powzięcia jawnych informacji o dokładnym przebiegu postępowania by, co najmniej wykluczyć popełnione przez niego błędy organizacyjne czy funkcjonalne, które zaskutkowały brakiem złożenie oferty korzystniejszej w tym postępowaniu a także ma prawo ocenić zaistnienie wszystkich okoliczności i podstawy decyzji oraz czynności Zamawiającego, które być może winy być poddane kontroli zewnętrznej np. w ramach kontroli doraźnej UZP i w tym celu przygotowania odpowiedniego wniosku.”*

KIO zwraca uwagę, że rolą KIO jest rozstrzyganie sporów pomiędzy wykonawcami i zamawiającymi, a nie zapewnianie zainteresowanym podmiotom dostępu do informacji publicznej. Zasada jawności nie jest zasadą bezwzględnie obowiązującą. Tej zasadzie przeciwstawiana jest zasada prawa do ochrony informacji czy to z uwagi na ustawę o ochronie dostępu do informacji publicznej, jak i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący nie może także konsekwencji własnych zaniechań (braku zaskarżenia wyroku KIO 4374/25) przenosić tak na zamawiającego, jak i KIO.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), z którego wynika, że w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

**Przewodniczący:**.....