

POSTANOWENIE

z dnia 14 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Katarzyna Poprawa
Katarzyna Prowadzisz**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron w dniu 13 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, tj. **LOCON Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Tama Pomorzańska 1, 70-030 Szczecin (Lider) i Telemedycyna Polska S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Ligocka 103, 40-568 Katowice (Członek Konsorcjum)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa reprezentowane przez Dyrektora Centrum Usług Społecznych „Społeczna Warszawa”, ul. Skaryszewska 3, 03-802 Warszawa** przy udziale wykonawcy **MDT Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, ul. Żurawia 71, 15-540 Białystok** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3242/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. **LOCON Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Tama Pomorzańska 1, 70-030 Szczecin (Lider) i Telemedycyna Polska S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Ligocka 103, 40-568 Katowice (Członek Konsorcjum)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. **LOCON Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Tama Pomorzańska 1, 70-030 Szczecin (Lider) i Telemedycyna Polska S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Ligocka 103, 40-568 Katowice (Członek Konsorcjum)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 3242/23

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Dyrektora Centrum Usług Społecznych „Społeczna Warszawa”, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostarczenie kompleksowej usługi teleopieki wraz z Centrum Teleopieki 24/7 świadczącym teleusługi i teleopiekę dla mieszkańców 11 gmin WOF w ramach wdrożenia Systemu „E-Opieka”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 czerwca 2023 r. pod numerem 2023/S 111-347443.

W dniu 30 października 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. **LOCON Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (Lider) i Telemedycyna Polska S.A. z siedzibą w Katowicach (Członek Konsorcjum)**, zwani dalej „Odwołującym”, wnieśli odwołanie od:

1. czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu oferty złożonej przez wykonawcę **MDT Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku**, zwanego dalej „wykonawcą MDT”, za najkorzystniejszą ofertę złożoną w postępowaniu oraz od dokonania wyboru tej oferty,
2. zaniechania czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej

oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych,

3. zaniechania przyznania Odwołującemu dodatkowych punktów w ramach kryterium K2 oceny ofert,
4. zaniechania uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą i dokonania wyboru tej oferty,
5. zaniechania żądania przez Zamawiającego od wykonawcy MDT złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie istotnych części składowych (tj. ceny Strumienia 3).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. poprzez brak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych w sytuacji, w której po stronie Zamawiającego zaistniał taki obowiązek,
2. art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania oferty Odwołującego za ofertę najkorzystniejszą oraz zaniechanie dokonania wyboru tej oferty,
3. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty wykonawcy MDT za ofertę najkorzystniejszą oraz dokonanie wyboru tej oferty w sytuacji, w której oferta ta nie była ofertą najkorzystniejszą,
4. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania od MDT Medical sp. z o.o. wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyczenia ceny istotnej części składowej, tj. ceny Strumienia 3.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. przeprowadzenie dowodów, o których mowa w odwołaniu, w szczególności dowodów z załączonych dokumentów,
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert,
5. nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
6. obciążenie kosztami Zamawiającego na rzecz Wykonawcy, poprzez zasądzenie kwoty 18 600 zł, stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w dniu 8 września 2023 r. przekazał wykonawcom, w tym także Odwołującemu informację o odrzuceniu jego oferty.

W dniu 3 października 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 2743/23 i KIO 759/23 wywołanej odwołaniem wniesionym przez wykonawcę z wykonawcą MDT i Sidly Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (W postępowaniu wywołanym tymi sprawami Odwołujący zgłosił przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym, które uznane zostało przez Izbę za nieskutecznie zgłoszone).

W dniu 4 października 2023 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania oraz o unieważnieniu czynności odrzucenia ofert (unieważnieniu czynności odrzucenia oferty wykonawcy MDT).

W dniu 5 października 2023 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania oraz o unieważnieniu czynności odrzucenia ofert - sprostowanie (unieważnieniu czynności odrzucenia oferty wykonawcy MDT oraz unieważnieniu czynności odrzucenia oferty konsorcjum LOCON).

W dniu 19 października 2023 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty wykonawcy MDT jako najkorzystniejszej.

W dniu 30 października 2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie.

Mając na uwadze powyższe Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z p. art. 528 pkt 2 ustawy Pzp „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony”.

Środki ochrony prawnej – zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp – 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”. Przepis ten ogranicza więc krąg podmiotów uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej do wymienionych w tym przepisie, w także do wykonawcy.

Art. 7 pkt 30 ustawy Pzp zawiera definicję wykonawcy. W myśl tego przepisu 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 świadczenia usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego”.

W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący utracił status wykonawcy, gdyż nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia do wniesienia odwołania na czynność odrzucenia jego oferty (czynność z dnia 8 września 2023 r.), pomimo

posiadania takiej możliwości. Jego oferta w dniu 8 września 2023 r. została prawomocnie odrzucona. Odwołujący nie zaskarżył bowiem czynności odrzucenia swojej oferty za pomocą przysługujących mu środków ochrony prawnej. Wobec tego ta czynność Zamawiającego (czynność odrzucenia oferty Odwołującego) uprawomocniła się i nie mogła być skutecznie zmieniona czynnością Zamawiającego dokonaną w dniu 5 października 2023 r. (czynnością unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy MDT oraz oferty Odwołującego - konsorcjum LOCON).

Odrzucenie oferty zawsze bowiem powoduje wyeliminowanie wykonawcy z danego postępowania. Nie nastąpi to jednak automatycznie wraz z otrzymaniem od Zamawiającego powiadomienia o dokonaniu tej czynności, lecz dopiero w wyniku wyczerpania lub nieskorzystania przez tego wykonawcę z przewidzianych przez ustawę środków ochrony prawnej. A z tych Odwołujący w tym stanie faktycznym nie skorzystał.

Wobec tego czynność przywrócenia do postępowania oferty tego wykonawcy (Odwołującego) – wykonawcy, który nie wniósł środka ochrony prawnej na czynność odrzucenia jego oferty nie może być uzasadniona zasadą równego traktowania wykonawców, gdyż w istocie w tym konkretnym stanie faktycznym na skutek czynności podjętej przez Zamawiającego doszło faktycznie do naruszenia właśnie tej zasady.

To przecież Odwołujący – jak oświadczył na posiedzeniu – świadomie zrezygnował z wnoszenia środka ochrony prawnej, decydując się jedynie na zgłoszenie przystąpienia do postępowania wywołanego wniesieniem odwołania przez innych wykonawców, które to zgłoszenie *de facto* okazało się nieskuteczne. Czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego stała się więc wiążąca, a jego oferta została skutecznie i prawomocnie odrzucona a Odwołujący utracił status wykonawcy. Warto tu przywołać wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 10 stycznia 2014 r., sygn. akt II Ca 1481/13, w którym Sąd wskazał, że „samodzielne przywrócenie przez zamawiającego do przedmiotowego postępowania oferty [przystępującego] niewątpliwie naruszało zasadę określoną w art. 7 ust. 1 P.z.p., gdyż nie może być uznane za równe traktowanie podmiotów doprowadzenie do sytuacji, gdy jeden z nich pozostał w dalszym toku postępowania przetargowego wyłącznie na skutek podjęcia o to skutecznej walki na przysługującej mu drodze prawnej, zaś drugi pomimo tego, że nie zaskarżył czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty i tak uczestniczył dalej w tym postępowaniu, jedynie na skutek woli zamawiającego.” Skoro więc oferta Odwołującego została skutecznie odrzucona to nie może być przez Zamawiającego przywrócona do postępowania, jeżeli wykonawca nie kwestionował w przepisany terminie odrzucenia swojej oferty.

Wskazać przy tym należy, że Zamawiający może samodzielnie i to z własnej inicjatywy powtórzyć dokonaną wcześniej przez siebie czynność, jeżeli dojdzie do przekonania, że była ona wadliwa, jednak nie oznacza to, że powtórzenie czynności każdorazowo może być wykonane w pełnym zakresie. Powtórzenie takiej czynności może nastąpić tylko w odniesieniu do tych elementów, które nie uprawomocniły się na skutek upływu terminów przewidzianych w ustawie Pzp.

W konsekwencji powyższego odrzucenie oferty Odwołującego, które stało się ostatecznie skuteczne wobec braku zaskarżenia tej czynności, spowodowało utratę przez tego wykonawcę statusu wykonawcy w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, który wprawdzie składając ofertę ubiegał się o uzyskanie zamówienia, jednak wobec późniejszego nie zanegowania odrzucenia swojej oferty, status wykonawcy utracił na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Dlatego też Izba uznała, że wobec utraty statusu wykonawcy Odwołujący stał się podmiotem nieuprawnionym w rozumieniu art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. Wniesione przez niego odwołanie podlega więc odrzuceniu.

§ 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) stanowi, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika w wysokości nieprzekraczającej łącznie kwoty 3 600 złotych, określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy. Tymczasem pełnomocnik Zamawiającego rachunki złożył dopiero po zamknięciu posiedzenia a nie uczynił tego przed zamknięciem posiedzenia mimo skierowanego do niego zapytania czy składa jeszcze jakieś wnioski. Wobec powyższego brak jest możliwości zasądzenia na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Izbą.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....