Sygn. akt: KIO 93/23

POSTANOWIENIE
z dnia 18 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 18 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2023 r. przez **wykonawcę OMI LIFTS & ESCALATORS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Żernikach**w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Izbę Administracji Skarbowej w Poznaniu**

postanawia:

1.Odrzuca odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę OMI LIFTS & ESCALATORS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Żernikach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – 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 93/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Izba Administracji Skarbowej w Poznaniu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„Wykonanie okresowych konserwacji oraz napraw dźwigów osobowych w budynkach Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu zlokalizowanych na terenie województwa wielkopolskiego" – część nr 6, nr postępowania: 001-ILZ.260.32.2022.* Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu3 listopada 2022 r., za numerem 2022/BZP 00421413/01.

W dniu 10 stycznia 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca OMI LIFTS & ESCALATORS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Żernikach – dalej Odwołujący. Odwołanie zostało wniesione wobec:

1) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Elektromechanika Dźwigowa J.R. sp. z o.o. pomimo faktu, że wskazany Wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący wymaganych przez Zamawiającego uprawnień do świadczenie usług w zakresie naprawiania dźwigów osobowych,

2) a w konsekwencji – uznania jako najkorzystniejszej oferty ww. Wykonawcy.

3) zaniechania unieważnienia postępowania w zakresie części nr 6 zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Elektromechanika Dźwigowa J.R. sp. z o.o. pomimo faktu, że wskazany Wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący wymaganych przez Zamawiającego uprawnień do świadczenia usług w zakresie naprawiania dźwigów osobowych,

2. art. 255 pkt 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w zakresie części nr 6 zamówienia pomimo faktu, że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu,

a także z ostrożności procesowej:

3. art. 128 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Elektromechanika Dźwigowa J.R. sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających posiadanie wymaganych przez Zamawiającego uprawnień,

4. art. 128 ust. 4 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Elektromechanika Dźwigowa J.R. sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień co do zakresu uprawnień wskazanych przez ww. wykonawcę na dowód spełnienia przedmiotowego

warunku, pomimo faktu, że z materiałów, którymi Zamawiający dysponował mogły wynikać uzasadnione wątpliwości czy wskazane przez ww. wykonawcę uprawnienia obejmują swoim zakresem świadczenie usług w zakresie naprawiania dźwigów osobowych.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) odrzucenia oferty wykonawcy Elektromechanika Dźwigowa J.R. sp. z o.o.,

3) unieważnienia postępowania w zakresie części 6 zamówienia,

ewentualnie nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2) zastosowanie w stosunku do wykonawcy Elektromechanika Dźwigowa J.R. sp. z o.o. procedur z art. 128 ust. 1 i 4 ustawy pzp,

3) powtórzenia czynności badania i oceny oferty ww. Wykonawcy.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał, że choć jego oferta została odrzucona, uwzględnienie odwołania skutkować będzie najprawdopodobniej unieważnieniem przez Zamawiającego postępowania w zakresie części 6 zamówienia. Tym samym, Odwołujący ma uzasadnione podstawy, by przypuszczać, że postępowanie zostanie w przedmiotowym zakresie powtórzone, a to z kolei da Odwołującemu szansę na powtórne uczestnictwo w procedurze i pozyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podniósł, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, interes w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć szeroko – jako możliwość pozyskania danego zamówienia generalnie, nie zaś w konkretnym postępowaniu. W konsekwencji, dążenie przez Odwołującego do unieważnienia postępowania może być również postrzegane jak realizacja interesu w uzyskaniu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie. Na podstawie akt postępowania odwoławczego Izba ustaliła, że Odwołujący złożył Zamawiającemu kopię odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia i terminowo uiścił wpis w prawidłowej wysokości na właściwy rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pismem z dnia 5 stycznia 2023 roku *Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 6 przedmiotu zamówienia* w postępowaniu w części 6 złożono dwie oferty. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy ELEKTROMECHANIKA DŹWIGOWA JACEK RACZKOWSKI sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, a o Odwołującego została odrzucona.

Okoliczność ta została również potwierdzona przez samego Odwołującego w treści odwołania, gdzie jednoznacznie podaje, że oferta Odwołującego w części 6 została odrzucona.

Dalej Izba ustaliła na podstawie treści wniesionego odwołania, że Odwołujący nie zakwestionował czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego w części 6, a zarzuty odwołania koncentrują się na żądaniu odrzucenia oferty wykonawcy ELEKTROMECHANIKA DŹWIGOWA JACEK RACZKOWSKI sp. z o.o. z siedzibą w Poznan unieważnienia postępowania w części 6.

Izba ustaliła również, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego, nie została przez niego zaskarżona odrębnym odwołaniem.

Izba stwierdziła, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 528 pkt 2 ustawy pzp, ponieważ odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony – w przedmiotowym przypadku podmiot, który utracił status wykonawcy.

Zgodnie z art. 528 pkt 2 ustawy pzp „*Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony*."

Zgodnie z art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp *„1. 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. 2. 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."

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 30 ustawy pzp *„wykonawcy – należy przez to 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 myśl art. 2a ust. 2 zdanie 2 Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r.: *Oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania.*

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej wyznacza przepis art. 505 ustawy pzp, zgodnie z którym *„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."*, z tym zastrzeżeniem, że *„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."*

Niewątpliwie, uprawnionymi do wniesienia odwołania mogą być wyłącznie podmioty wskazane ww. przepisie. W konsekwencji podmioty niezaliczające się do tego kręgu muszą zostać uznane za nieuprawnione do wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie jako podlegające odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy pzp.

Definicję legalną „wykonawcy" reguluje art. 7 pkt 30 ustawy: *„należy przez to 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."* Nie ulega wątpliwości, że status wykonawcy, zgodnie z powyższą definicją, wiąże się z czynnym uczestnictwem podmiotu w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia.

Izba podziela stanowisko wyrażone w postanowieniu z dnia 18 marca 2021 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 727/21: *„że sam fakt złożenia oferty w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego przez Odwołującego nie gwarantował i nie gwarantuje wykonawcy zachowania statusu wykonawcy w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez ustawodawcę, a to bezpośrednio wpływa na możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Status wykonawcy można nieodwracalnie utracić – przykładowo – w wyniku zaniechania zaskarżenia przez wykonawcę, który złożył ofertę decyzji zamawiającego o odrzuceniu jego oferty lub wykluczeniu go z udziału w postępowaniu."*

Izba zauważa, że okolicznością bezsporną jest, że oferta Odwołującego, co potwierdził sam Odwołujący w odwołaniu, została odrzucona w postępowaniu o udzielnie zamówienia w części 6, natomiast zarzuty odwołania nie odnoszą się do czynności odrzucenia oferty Odwołującego i Odwołujący w żaden sposób nie podjął próby kwestionowana tej czynności. Zarzuty odwołania koncentrują się wokół nieprawidłowej, w ocenie Odwołującego, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to oferta w ocenie Odwołującego powinna zostać odrzucona z postępowania, ponieważ zawiera błędy tak jak i oferta dla części 6 Odwołującego. Izba stwierdziła, że Odwołujący w żaden sposób nie przeciwdziałał eliminacji oferty Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia, akceptując tym samym ustalenia i ostateczną ocenę oferty dla części 6 zamówienia dokonaną przez Zamawiającego.

Zaznaczenia wymaga, że Odwołujący niewątpliwie posiadał status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia (złożył ofertę, ubiegał się o zamówienie). Niemniej jednak, w wyniku czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty, której to czynności Odwołujący nie zakwestionował (przez podniesienie w ramach odwołania zarzutów w zakresie odrzucenia ofert lub złożenie odwołania w tym zakresie) status aktywnego uczestnika (wykonawcy) postępowania o udzielenie zamówienia Odwołujący utracił. Czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywiera skutki prawne, które – wobec niewniesienia odwołania – mają charakter nieodwracalny. Przymiot uczestnika postępowania Odwołujący utracił w momencie, gdy zdecydował się nie podważać czynności Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania, a zaskarżyć jedynie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej

innego wykonawcy. W efekcie Odwołujący również sam zrezygnował ze swojego statusu „wykonawcy" - aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji, Odwołujący nie jest w ocenie Izby uprawniony do wniesienia odwołania, podważania oferty Konkurenta w postępowaniu, w którym oferta Odwołującego została odrzucona, a której to czynności Odwołujący nie podważał kwestionując jedynie wybór najkorzystniejszej oferty. Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący nie podejmując próby przywrócenia oferty do postępowania, spowodował że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty stała się ostateczna, a Odwołujący utracił status wykonawcy. Powyższe prowadzi do uznania, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, co stanowi przesłankę odrzucenia odwołania zgodnie z art. 528 pkt 2 ustawy pzp.

Stanowisko zaprezentowane powyżej znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, chociażby w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 w sprawie *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH przeciwko Universität für Bodenkultur Wien i VAMED Management und Service GmbH & Co KG in Wien,*w którym Trybunał uznał, że wykonawcy wykluczonemu 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 była zostać odrzucona. W glosie do ww. orzeczenia TSUE Małgorzaty Sieradzkiej (LEX/el. 2017) - skuteczność zaskarżania decyzji instytucji zamawiającej wymaga posiadania legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej. Skuteczne odwołanie to środek, który może być wniesiony przez podmiot (oferenta) zainteresowany uzyskaniem określonego zamówienia, który poniósł szkodę, względnie jest narażony na jej poniesienie w następstwie podnoszonego naruszenia prawa UE lub przepisów krajowych (dokonujących transpozycji). Interesu we wnoszeniu środka ochrony prawnej nie ma oferent ostatecznie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Za kluczowe zatem należy uznać przede wszystkim czynne działanie odwołującego co do obrony własnej oferty, własnego uczestnictwa w prowadzonym postępowaniu, by skutecznie mógł on kwestionować pozostałe decyzje instytucji zamawiającej, które zapadły w postępowaniu.

Ponadto, TSUEw sprawie *Hackermüller* (wyrok z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-249/01 *Werner Hackermüller przeciwko Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) i Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED)*, ECLI:EU:C:2003:359), potwierdza powyższą tezę, bowiem Trybunał wyraźnie stwierdził, że nie można odmówić prawa do wniesienia odwołania od decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej wykluczonemu wykonawcy bez umożliwienia mu zakwestionowania podstaw jego wykluczenia.

Pogląd taki można wywieść również z orzeczenia TSUE z dnia 11 maja 2017 r., w sprawie C-131/16 Archus et Gama pkt 59: *„Z powyższego wynika, że dyrektywę 92/13 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 może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego."* Niewątpliwie, możliwość wniesienia odwołania i kwestionowania oferty Konkurenta została uzależniona od jednoczesnego podważania obu decyzji zamawiającego, a więc czynności odrzucenia oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym zaniechania odrzucenia oferty innego Wykonawcy.

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 w orzeczeniach 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, z dnia 18 marca 2021 r., sygn. akt KIO 727/21, z dnia 10 października 2022 r., sygn. akt KIO 2551/22. Pogląd taki znajduje również potwierdzenie w postanowieniu Sądu Okręgowego Warszawa- Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt IV Ca 521/08.

Dlatego też, Izba na podstawie art. 553 zdanie 2 oraz art. 528 pkt 2 ustawy pzp postanowiła, że odwołanie powinno zostać odrzucone, jako złożone przez podmiot nieuprawniony.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 529 ust. 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 1 zdanie pierwsze 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:……..……..……