Sygn. akt: KIO 552/23

POSTANOWIENIE
z dnia 8 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 8 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2023 r. przez **wykonawcę BBC BEST BUILDING CONSULTANTS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy GRAPH'IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę BBC BEST BUILDING CONSULTANTS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy 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 552/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie 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. *„Opracowanie pełno branżowej inwentaryzacji infrastruktury Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus UCK WUM zlokalizowanego ul. W. H. Lindleya 4 w Warszawie" nr DZPUCK.262.186.2022* Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 grudnia 2022 r., za numerem 2022/S 245-709839.

W dniu 27 lutego 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca BBC BEST BUILDING CONSULTANTS sp. z o.o. sp. k. siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołanie zostało wniesione wobec:

1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez GRAPH'IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej Przystępujący lub GRAPHIT,

2) zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego, pomimo iż GRAPHIT przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego i zaniechaniu odrzucenia oferty GRAPHIT jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu,

3) prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem ww. przepisów pzp).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp i w związku z art. 128 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GRAPHIT, podczas gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, gdyż wykonawca podlega wykluczeniu z uwagi na fakt, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając nieprawdziwe informacje, w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a informacja ta miała istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp w związku z art. 128 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GRAPHIT, podczas gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, gdyż wykonawca podlega wykluczeniu z uwagi na fakt, że wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, a informacje te miały istotny wpływ na

decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

3. art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami pzp.

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

1) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) wykluczenia z postępowania wykonawcy GRAPHIT i odrzucenia jego oferty.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy i ubiegał się o udzielenie zamówienia. Co prawda oferta Odwołującego została skutecznie odrzucona niemniej jednak, skutkiem naruszeń przepisów ustawy pzp, o jakich mowa w odwołaniu, powinno dojść do unieważnienia postępowania. Odwołujący podniósł, że przepis art. 505 ust. 1 ustawy pzp należy interpretować z uwzględnieniem wyroków TSUE odnoszących kwestii interesu, które nakazują traktować interes w uzyskaniu danego zamówienia szeroko, tj.:

- wyroku w sprawie C-110/12 Fastweb, gdzie Trybunał wskazał: „każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych wykonawców, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty" (pkt 33),

- wyroku w sprawie C-689/13 PFE, w którym Trybunał potwierdził ww. stanowisko i ponownie orzekł, że w sytuacji, w której dwóch oferentów wnosi odwołania zmierzające do ich wzajemnego wykluczenia, każdy z tych oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Po pierwsze, zdaniem TSUE, wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałoby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z nich mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Tym samym, TSUE wprowadził rozróżnienie między możliwością bezpośredniego a pośredniego uzyskania danego zamówienia, przy czym i w pierwszym i w drugim przypadku mamy do czynienia ze spełnieniem przesłanki interesu, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Stanowisko TSUE spotkało się z powszechną aprobatą w literaturze przedmiotu.

- wyroku w sprawie C-131/16 Archus et Gama, w którym TSUE orzekł, że w sytuacji, 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 2007/66, może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego".

Odwołujący podkreślił, że z ww. orzeczeń jasno wynika, że Trybunał rozumie interes w uzyskaniu zamówienia szeroko, co na gruncie polskich przepisów przekłada się na to, że interesu wykonawcy w uzyskaniu kontraktu nie należy odnosić tylko do „danego postępowania", ale do „danego zamówienia". Pojęcie „danego zamówienia" jest więc pojęciem szerszym od pojęcia samego postępowania o udzielenie zamówienia. Zamówienia bowiem można udzielić nie tylko w wyniku przeprowadzenia jednego postępowania, ale tych postępowań może być więcej. Przykładem może być sytuacja, w której zamawiający unieważnia dane postępowanie, a następnie wszczyna kolejne postępowanie na to samo zamówienie. To samo zamówienie, obejmujące ten sam zakres zadania, może być ponownie ogłoszone, co powoduje, że mamy do czynienia z tym samym zamówieniem, choć z innym (następnym) postępowaniem. Powołał się na wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2018 r. (sygn. akt: KIO 18/18).

W dniu 7 marca 2023 r. wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, względnie o jego oddalenie. Uzasadniając wniosek Zamawiający wskazał, że w niniejszej sprawie występuje przesłanka do odrzucenia odwołania wskazana w przepisie art. 528 pkt 2 ustawy pzp. Oferta Odwołującego została bowiem skutecznie odrzucona w postępowaniu w dniu 7 lutego 2023 r., a Odwołujący nie skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej w zakresie odnoszącym się do tej czynności. Wobec tego, nie przysługuje mu już prawo odwołania od dalszych czynności Zamawiającego w postępowaniu. Wskazał, że powyższy pogląd jest powszechnie akceptowany na gruncie Prawa zamówień publicznych, a potwierdza go m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. KIO 327/22 oraz z dnia 14 października 2021 r., sygn. KIO 2930/21. Dalej podniósł, że zasadność powyższych poglądów wyrażonych przez Krajową Izbę Odwoławczą potwierdza również ugruntowane orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, w tym powoływane w odwołaniu przez

Odwołującego. Wskazane przez Odwołującego wyroki były bowiem wydawane w sprawach o odmiennym stanie faktycznym, w których skarżący, którego oferta została odrzucona lub który został w inny sposób wykluczony z postępowania, jednocześnie z zaskarżeniem wyboru oferty innego wykonawcy kwestionował czynność wyeliminowania jego samego z danego postępowania, w związku z czym czynność tego wyeliminowania nie była ostateczna. Wskazał, że potwierdzenie, że oferentowi ostatecznie wykluczonemu z postępowania można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, znajduje się w orzeczeniu TS z dnia 21 grudnia 2016 r., Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15).

W dniu 7 marca 2023 r. wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej pismo procesowe Przystępującego, w którym wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy pzp, względnie o jego oddalenie przedstawiając uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

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 ustaliła, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca GRAPH'IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pismem z dnia 7 lutego 2023 r. *ZAWIADOMIENIE O WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY* w postępowaniu złożono dwie oferty. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy GRAPH'IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp jako niezgodna z przepisami ustawy.

W dniu 17 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu następujących czynności: *„zawiadamiam o unieważnieniu czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanej w dniu 07.02.2023 r. oraz zawiadamiam o powtórzeniu czynności badania i oceny oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu zmierzającej do wyboru oferty najkorzystniejszej."* Następnie, w tym samym dniu Zamawiający pismem *ZAWIADOMIENIE O WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY* (2) poinformował Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz podtrzymał czynność odrzucenia oferty Odwołującego wskazując: *„Jednocześnie Zamawiający informuje, iż oferta Wykonawcy BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. została odrzucona dnia 07.02.2023 r. – z uzasadnieniem jak w piśmie z tej daty."*

Jak wynika z powyższego Zamawiający w dniu 17 lutego 2023 r. unieważnił czynność oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zawiadomił o powtórzeniu czynności badania i oceny oferty. Zamawiający nie unieważnił czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 7 lutego 2023 r.

Okoliczność ta została również potwierdzona przez samego Odwołującego w treści odwołania, gdzie wykazując interes jednoznacznie podaje, że oferta Odwołującego została skutecznie odrzucona.

Dalej Izba ustaliła na podstawie treści wniesionego odwołania, że Odwołujący nie zakwestionował czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego, a zarzuty odwołania koncentrują się na żądaniu odrzucenia oferty wykonawcy GRAPH'IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i unieważnienia postępowania.

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

Izba stwierdziła, że wniosek Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania zasługuje na uwzględnienie, a złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 528 pkt 2 ustawy pzp, ponieważ 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 ostatecznie odrzucona w postępowaniu o udzielnie zamówienia, natomiast zarzuty odwołania nie odnoszą się do czynności odrzucenia oferty Odwołującego i Odwołujący w żaden sposób nie podjął próby kwestionowana tej czynności w odpowiednim terminie. Zarzuty odwołania koncentrują się wokół nieprawidłowej, w ocenie Odwołującego, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to oferta w ocenie Odwołującego powinna zostać odrzucona z postępowania, jako złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu. Izba stwierdziła, że Odwołujący w żaden sposób nie przeciwdziałał eliminacji własnej oferty z udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia, akceptując tym samym ustalenia i ostateczną ocenę oferty dokonaną przez Zamawiającego w dniu 7 lutego 2023 r.

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 wniesienie odwołania w tym zakresie w określonym ustawą terminie) 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. 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. 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) zainteresowanego 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 przywołanego przez Odwołującegp 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 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:……..……