**Sygn. akt: KIO 663/23**

**POSTANOWIENIE**
**z dnia 20 marca 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący:Maksym Smorczewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego w dniu 20 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2023 r. przez wykonawcę M.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą E.M., w postępowaniu prowadzonym przez Szkołę Główną Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie z siedzibą w Warszawie

**postanawia:**

1.odrzuca odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża M.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą E.M., i do kosztów postępowania odwoławczego zalicza kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez M.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą E.M., 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. 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 663/23**

**Uzasadnienie**

W dniu 8 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcyM.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą E.M. (dalej jako „Odwołujący") na czynność wyboru oferty dokonaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Sukcesywna dostawa materiałów budowlanych i konstrukcyjnych dla Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie"(dalej jako „Postępowanie") prowadzonym przez zamawiającego Szkołę Główną Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający").

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, podnosząc, że „odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy, ze względu na wniesienie go przez podmiot nieuprawniony, który nie ma interesu we wniesieniu niniejszego odwołania" „Odwołujący nie ma możliwości uzyskania niniejszego zamówienia z uwagi na fakt, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy (…) Odwołujący w odwołaniu nie stawia zarzutów dotyczących czynności odrzucenia jego oferty jako najkorzystniejszej (które i tak, mając na uwadze wykonane już czynności w postępowaniu należałoby poczytać jako spóźnione). Odwołujący podnosi jedynie zarzuty odnośnie niezgodności treści oferty z wykonawcą konkurencyjnym. Niemniej nawet gdyby uwzględnić w tym zakresie odwołanie, to Odwołujący nie miałby możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, z uwagi na wcześniejszą czynność odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia i ew. konieczność unieważnienia przedmiotowego postępowania".

Podzielając stanowisko Zamawiającego Izba stwierdziła, że odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp"), zgodnie z którym „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony".

Stosownie do art. 505 ust. 1 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", zaś art. 505 ust. 2 Pzp stanowi, iż „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".

W świetle powyższych przepisów należy uznać, że podmiot, któremu nie przysługują na ich podstawie środki ochrony prawnej, jest podmiotem nieuprawnionym w rozumieniu art. 528 pkt 2) Pzp. Podmiotem takim jest w szczególności podmiot, który nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30) Pzp, zgodnie z którym ilekroć w Pzp „jest mowa o 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". Wobec treści tego przepisu należy przyjąć, że uznawanie danego podmiotu za wykonawcę uzależnione jest od etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz od tego, czy podmiot ten bierze udział w przedmiotowym postępowaniu na danym etapie; przed upływem terminu składania ofert w tym postępowaniu wykonawcą jest w zasadzie każdy podmiot, który wyraża wolę udziału w tym postępowaniu, a po upływie

terminu składania ofert wykonawcą jest podmiot, które złożył ofertę w tym postępowaniu.

Złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie oznacza jednak, że podmiot, który ją złożył, do zakończenia tego postępowania będzie wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30) Pzp. Podmiot ten może przestać być wykonawcą w ww. rozumieniu, co następuje na przykład w wyniku zaniechania zaskarżenia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty jego oferty (vide wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2021 r. wydany w sprawie sygn. akt XXIII Zs 10/21).

Taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie. Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 3 marca 2023 r. przekazał Odwołującemu dokument zawierający informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu oraz informację o odrzuceniu oferty Odwołującego. W terminie określonym w art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp. Odwołujący nie wniósł odwołania na czynność odrzucenia jego oferty. Zarzutów wobec tej czynności nie podnosił także w odwołaniu wniesionym w niniejszej sprawie, wnosząc wyłącznie o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza oraz unieważnienia Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp. Zaniechanie wniesienia odwołania na czynność odrzucenia oferty Odwołującego spowodowało, że w Postępowaniu Odwołujący ostatecznie przestał być wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30) Pzp, a w konsekwencji, iż nie jest on podmiotem wymienionym art. 505 ust. 1 Pzp, co skutkowało utratą możliwości skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej.

W tym stanie rzeczy należało uznać Odwołującego za podmiot nieuprawniony do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 528 pkt 2) Pzp, a Izba zobowiązana była odrzucić odwołanie na podstawie tego przepisu.

Zgodnie z art. 553 Pzp, „o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie". Stosownie zaś do art. 529 ust. 1 Pzp, „Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym".

Wobec powyższego, Izba na podstawie art. 528 pkt 2) Pzp na posiedzeniu niejawnym wydała postanowienie orzekając jak w pkt 1 postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1), § 5 pkt 1) i § 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. Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp „strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku". Z § 2 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 7.500 złotych. Zgodnie z § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis. Stosownie zaś do § 8 ust. 1 ww. rozporządzenia „w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący".

Zgodnie z tymi przepisami Izba zobowiązana była obciążyć kosztami postępowania Odwołującego, zaliczając do nich kwotę 7.500 zł, którą Odwołujący uiścił tytułem wpisu od odwołania, o czym orzeczono w pkt 2 postanowienia.

Przewodniczący:…….