

Sygn. akt: KIO 3512/23

POSTANOWIENIE
z dnia 11 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 11 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2023 r. przez wykonawcę RATOWNIK-AMBULANSE Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital Uniwersytecki nr 2 im. dr J. Biziela w Bydgoszczy

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego RATOWNIK-AMBULANSE 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 przez odwołującego 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 2023 r., poz. 1605) 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 3512/23

UZASADNIENIE

Szpital Uniwersytecki nr 2 im. dr J. Biziela w Bydgoszczy dalej jako: „Zamawiający” – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepis ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest zakup ambulansów typ C i typ A2, w podziale na 2 zadania.

Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Objawienie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 16 października 2023 r. pod numerem 2023/S 199-624025.

W dniu 24 listopada 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy RATOWNIK-AMBULANSE Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności z dnia 15 listopada 2023 r., tj. zaniechania odrzucenia oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 ust. 1, art. 223 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez nierówne traktowanie wykonawców, prowadzenie z wybranym wykonawcą bezprawnych negocjacji treści oferty, zaniechanie odrzucenia oferty AMZ Kutno Sp. z o.o. mimo, iż jest ona niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty AMZ Kutno Sp. z o.o.;
- odrzucenie oferty AMZ Kutno Sp. z o.o.;
- unieważnienie postępowania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Zdaniem Izby zaistniała przesłanka do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 528 pkt 2 ustawy PZP, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Izba ustaliła, że w dniu 15 listopada Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą w ramach zadania nr 2 okazała się oferta wykonawcy AMZ-KUTNO S.A. W ramach tego samego pisma Zamawiający poinformował również c

odrzuconiu oferty Odwołującego w ramach zadania nr 2.

Jednocześnie z dokumentacji postępowania wynika, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniu nr 2 miała miejsce wcześniej niż wybór oferty najkorzystniejszej, bo w dniu 6 listopada 2023 r. Tego samego dnia Zamawiający przesłał Odwołującemu pismo z informacją o odrzuceniu jego oferty (wiadomość e-mail z dnia 6.11.2023 r. godz. 13:05). Powyższa czynność Zamawiającego nie została zakwestionowana w drodze środków ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy 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.

Jak z kolei wskazano w art. 7 pkt 30 ustawy PZP 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 świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że ustawodawca określił ściśle krąg podmiotów, którym przysługuje prawo do wniesienia środka ochrony prawnej. Zgodnie z art. 505 ustawy PZP jest to wykonawca, uczestnik konkursu i inny podmiot, 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 oraz organizacje wpisane na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 i Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców.

Zgodnie z powyższym tylko podmioty wskazane w tym przepisie mogą zostać uznane za uprawnione do wniesienia odwołania, stąd a contrario podmioty niezaliczające się do tego kręgu muszą zostać uznane za nieuprawnione do wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy PZP.

Dalej wskazać należy, że status wykonawcy, zgodnie z przytoczoną definicją z art. 7 pkt 30 ustawy PZP, wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia.

Sam fakt złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 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, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.

Odwołujący wniesionym odwołaniem kwestionuje bowiem wybór oferty najkorzystniejszej, nie podważając jednak decyzji o odrzuceniu jego oferty. Zarzuty odwołania nakierowane są na nieprawidłową, w ocenie Odwołującego, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy oferty AMZ Kutno Sp. z o.o.

Wymaga odnotowania, że Odwołujący status wykonawcy w postępowaniu niewątpliwie posiadał (złożył ofertę, ubiegał się o zamówienie), to jednak, w wyniku czynności podjętej przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty, której to czynności Odwołujący nie zakwestionował, status aktywnego uczestnika (wykonawcy) postępowania o udzielenie zamówienia 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 kwestionować czynności Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania, a zaskarżyć jedynie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy. W efekcie Odwołujący również sam zrezygnował z swojego statusu „wykonawcy” aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, chociażby w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 (Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH przeciwko Universität für Bodenkultur Wien i VAMED Management und Service GmbH & Co KG in Wien), Trybunał uznał, że wykonawcy wykluczonymu 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 głosie do ww. orzeczenia TSUE Małgorzaty Sieradzkiej wskazano, że 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.

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.

Podsumowując uznać należy, że oferta Odwołującego została prawomocnie wyeliminowana z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący nie zakwestionował czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty, a zarzuty odwołania dotyczyły tylko i wyłącznie oferty jego konkurenta. Sytuacja taka spełnia przesłanki do uznania, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, a tym samym zaistniała podstawa do jego odrzucenia w oparciu o art. 528 pkt 2 ustawy PZP.

Z tego względu orzeczono jak w sentencji.

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:.....