Sygn. akt KIO 513/26

POSTANOWIENIE

z dnia 18 marca 2026 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Uczestnika postępowania
w dniu 18 marca 2026 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2026 roku przez wykonawcę Ł.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe ELDOR Ł.B. Łomża ul. Poznańska 125 (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Ząbkowice Śląskie

przy udziale Przystępującego zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego: wykonawcy Hightech Energy Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie

postanawia:

1.odrzuca odwołanie,
2.kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe ELDOR Ł.B. Łomża i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł** (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych**.

Przewodniczący:

……..……..……..……..……..……..

Sygn. akt KIO 513/26

UZASADNIENIE

Gmina Ząbkowice Śląskieprowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Budowa farmy fotowoltaicznej 3MW dla Gminy Ząbkowice Śląskie”

Numer publikacji BZP: 2025/BZP 00509274 Data publikacji: 2025-10-31

Odwołujący: Ł.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą

Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe ELDOR Ł.B. Łomża ul. Poznańska 125 wniósł 3 lutego 2026 r. odwołanie od niezgodnych z przepisami PZP czynności oraz zaniechania dokonania czynności polegających w szczególności na:

wyborze oferty Hightech Energy sp. z o.o. („Hightech Energy”) podlegającej odrzuceniu, w wyniku czego Zamawiającego dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem PZP.

Zamawiającemu zarzuciłm naruszenia następujących przepisów PZP:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c oraz art. 16 pkt 1 i 2 polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Hightech Energy w sytuacji braku spełnienia przez ofertę Wykonawcy wymogów określonych przez Zamawiającego przez nieprzedłożenie tłumaczenia na język polski pisemnej gwarancji producenta modułów;

2.art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Hightech Energy, mimo nieprzedłożenia tłumaczenia na język pisemnej gwarancji producenta modułów, choć z tej przyczyny odrzucone zostały oferty Odwołującego, Elektrotim S.A., EkoEnergia Polska sp. z o.o., Solartech sp. z o.o. oraz Arinea sp. z o.o, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Wnioski co do rozstrzygnięcia odwołania:

Wobec naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów, Odwołujący wnosi o uwzględnienie Odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Hightech Energy,

2.odrzucenie oferty Hightech Energy,

3.unieważnienie Postępowania z uwagi na brak złożenia ofert niepodlegających odrzuceniu.

W dniu 29 stycznia 2026 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Hightech Energy jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu, jednocześnie odrzucając wszystkie dziewięć pozostałych ofert złożonych w Postępowaniu ("Informacja o Wyborze").

Zamawiający odrzucił oferty Odwołującego, Elektrotim S.A., EkoEnergia Polska sp. z o.o., Solartech sp. z o.o. oraz Arinea sp. z o.o., ponieważ Wykonawcy ci nie przedłożyli tłumaczenia na język polski przynajmniej jednego z przedmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający natomiast nie odrzucił oferty Hightech Energy pomimo, że ten wykonawca nie przedłożył tłumaczenia na język polski karty gwarancyjnej producenta modułów fotowoltaicznych. W części VI pkt 3 SWZ Zamawiający wskazał jakie przedmiotowe środki dowodowe musi przedstawić każdy z wykonawców ubiegający się o zamówienie.

Z tych przyczyn i w oparciu o powyższe uzasadnienie została m.in. odrzucona oferta ELDOR:

(…)

Należy przy tym zaznaczyć, że gdyby oferta ELDOR nie została odrzucona to uzyskałaby 96 pkt i byłaby oceniona wyżej niż oferta Hightech Energy, która uzyskała 93 pkt.

Tymczasem, Hightech Energy przedłożył obie karty katalogowe w języku polskim, kartę gwarancyjną falownika w języku polskim, natomiast kartę gwarancyjną producenta modułów przedłożył wyłącznie w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski.

Zamawiający odrzucając siedem ofert i odpowiednio to uzasadniając wyznaczył pewien standard w jaki interpretuje wymogi Postępowania i powinien ten standard stosować równo w stosunku do wszystkich wykonawców uczestniczących w Postępowaniu. W sposób ewidentny oferta Hightech Energy spotkała się z preferencyjnym traktowaniem naruszającym zasadę uczciwej konkurencji. Zamawiający wymagał przekazania jako przedmiotowe środki dowodowe 4 dokumentów. Informacja o warunkach gwarancji nawet gdyby wynikała z innego dokumentu to byłoby to nieistotne, ponieważ Zamawiający wprost wymagał przedłożenia pisemnych gwarancji producenta. Stanowiło to wymóg formalny, która jak sam podkreślał Zamawiający nie podlegał uzupełnieniu. Takie podejście Zamawiającego jest zresztą prawidłowe, warunki gwarancji wynikają bowiem wyłącznie z dokumentu w postaci karty gwarancyjnej, a informacje o gwarancji w innego rodzaju dokumentach mogą mieć wyłącznie charakter informacyjny, ale w żaden sposób nie stanowią one źródła udzielanej przez producenta gwarancji.

Załączono -Oferta Hightech Energy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na okoliczności faktyczne wyboru oferty i stwierdził, że odwołujący nie kwestionował czynności podjętych wobec niego tj. odrzucenia oferty.

Skoro Odwołujący nie zaskarżył tej czynności w ustawowym terminie, stała się ona ostateczna i nie może być obecnie skutecznie podważana. W rezultacie Odwołujący zaakceptował definitywny skutek odrzucenia własnej oferty, a tym samym utratę możliwości uzyskania zamówienia w ramach niniejszego postępowania. Nie może zatem obecnie skutecznie opierać swoich zarzutów wyłącznie na sytuacji innego wykonawcy, skoro nie zakwestionował czynności, która przesądziła o utracie przez niego dalszego udziału w postępowaniu.

Odwołujący w istocie nie wykazuje, na czym miałoby polegać naruszenie przepisów PZP przez Zamawiającego w odniesieniu do oferty wybranej, lecz koncentruje się na polemice z przyczynami odrzucenia własnej oferty, w szczególności z oceną dokumentów złożonych bez tłumaczenia na język polski. Innymi słowy, odwołanie nie zmierza do wykazania materialnej niezgodności oferty Hightech Energy sp. z o.o. z warunkami zamówienia, lecz stanowi próbę pośredniego podważenia skutków odrzucenia własnej oferty, mimo że czynność ta nie została objęta zarzutami i nie została zaskarżona w ustawowym terminie. Taka konstrukcja odwołania nie zasługuje na uwzględnienie.

Przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Hightech Energy Sp. z o. o. Kraków
Wniósł o odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym ewentualnie oddalenie odwołania.
Przystępujący wskazuje, że odwołanie winno zostać odrzucone na podstawie art. 528 pkt 2 pzp jako wniesione przez

podmiot nieuprawniony.
Zgodnie z art. 528 pkt 2 pzp Izba odrzuca odwołanie, które zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, zatem konieczne jest ustalenie czy podmiot składający odwołanie zalicza się do kategorii podmiotów wskazanych w art. 505 pzp - przepisie określającym krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej (do których należy odwołanie). W myśl art. 505 ust. 1 pzp środki ochrony prawnej „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".
Ustalenia zatem należy wymaga, czy Ł.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo Usługowe ELDOR Ł.B. jest wykonawcą lub innym podmiotem, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.
Niewątpliwie Ł.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo Usługowe ELDOR Ł.B. złożył ofertę w postępowaniu, jednak oferta ta została przez Zamawiającego odrzucona i czynność ta nie została przez Odwołującego zaskarżona. Wniesione odwołanie nie kwestionuje zasadności odrzucenia oferty Odwołującego, a wobec upływu ustawowego terminu do zaskarżenia tej czynności, stała się ona ostateczną i niemożliwą do zaskarżenia. Tym samym Odwołujący utracił przymiot wykonawcy w postępowaniu – zatem nie jest już wykonawcą w postępowaniu i przestał należeć do kręgu podmiotów wymienionych w art. 505 ust. 1 pzp, którym przysługują środki ochrony prawnej.
Podmiot wobec braku zakwestionowania decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty sam zrezygnował ze swojego statusu jako wykonawcy czyli aktywnego uczestnika postępowania i zaakceptował fakt utraty możliwości pozyskania zamówienia objętego tym postępowaniem.
W takim stanie faktycznym adekwatny staje się pogląd wyrażony w komentarzu do art. 505 pzp: „Analogicznie wykonawca, którego wniosek albo oferta została odrzucona i który nie zakwestionował tej decyzji poprzez wniesienie odwołania, po upływie terminu na jego wniesienie traci status podmiotu uprawnionego do wniesienia kolejnego odwołania z uwagi na ostateczne i nieodwracalne wyeliminowanie jego wniosku albo oferty z postępowania."
W zakresie orzecznictwa TS UE wskazać można wyrok z 21 grudnia 2016 r. C355/15 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.
podobnych wniosków prowadzi analiza orzeczeń TSUE z 19 czerwca 2003 r. w C-249/01 oraz z 11 maja 2017 r. C - 131/16, które wskazują, że przyznanie ochrony prawnej wykonawcy następuje w przypadku, gdy odrzucony wykonawca nie zgadzając się z decyzjami instytucji zamawiającej, dokonuje ich zaskarżenia, a warunkiem dopuszczalności zaskarżenia decyzji Zamawiającego wobec konkurenta jest zaskarżenie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego.
Takie samo stanowisko prezentuje Izba, która w postanowieniu KIO 4524/25 stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, tj. przez podmiot, który utracił status wykonawcy. Izba w tym postanowieniu wskazała, że „Status wykonawcy można bowiem nieodwracalnie utracić – przykładowo – w wyniku zaniechania zaskarżenia przez wykonawcę, który złożył ofertę decyzji zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu lub odrzucenia jego oferty."
Izba wskazała, że: „Odwołujący status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym niewątpliwie posiadał (złożył ofertę, ubiegał się o zamówienie), to jednak, w wyniku czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, której Odwołujący nie zakwestionował (poprzez objęcie zarzutami odwołania tej czynności) status aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia utracił. Czynność odrzucenia oferty Odwołującego z udziału w postępowaniu wywiera zatem skutki prawne, które – wobec niewniesienia odwołania – mają charakter nieodwracalny. Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie nie był już wykonawcą – uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, zatem odwołanie jako wniesione przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu. Przymiot uczestnika postępowania Odwołujący utracił w momencie, gdy zdecydował się nie kwestionować decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, a zaskarżyć jedynie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy. W ocenie Izby Odwołujący sam zrezygnował z takiej możliwości formułując zarzuty odwołania. W konsekwencji sam także zrezygnował z swojego statusu jako wykonawcy czyli aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego."
11. Uznać należy, że pogląd w ww. postanowieniu jest w pełni adekwatny i potwierdza zasadność wniosku o odrzucenie odwołania.

Identyczne stanowisko wyrażone zostało w postanowieniu KIO 1918/23, w którym Izba stwierdziła: „Żaden z wykonawców, których oferty zostały odrzucone przez Zamawiającego, nie zaskarżył odwołaniem tych czynności Zamawiającego. Jedynie Odwołujący wniósł odwołanie, ale tylko na czynność wyboru oferty wykonawcy TDC oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Z ustalonego stanu faktycznego wynika, że w niniejszej sprawie zachodzi przeszkoda formalna do rozpoznania odwołania, wobec czego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołanie złożone przez wykonawcę POLNETKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu podlega odrzuceniu.

Art. 528 pkt 2 ustawy PZP stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy PZP środki ochrony prawnej 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. W myśl 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. Z powyższej definicji legalnej wynika, że status wykonawcy wiąże się z aktywnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub też z realizacją samego zamówienia. Chodzi zatem o podmiot czynnie ubiegający się o uzyskanie kontraktu publicznego i posiadający ważną ofertę, tj. taki podmiot, który nie został wykluczony z postępowania przetargowego przez zamawiającego i którego oferta nie została odrzucona.

Chociaż Odwołujący posiadał status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu w rozumieniu definicji legalnej z art. 7 pkt 30 ustawy PZP, ponieważ złożył ofertę i ubiegał się o udzielenie zamówienia, to ze względu na odrzucenie jego oferty i to z dwóch podstaw prawnych (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP), czego w ogóle nie zakwestionował poprzez wniesienie odwołania, utracił status aktywnego uczestnika postępowania przetargowego. Należy przy tym wyraźnie podkreślić, że samo złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawcę nie gwarantuje mu zachowania statusu wykonawcy przez cały czas trwania postępowania, co bezpośrednio wpływa na możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie PZP. Status wykonawcy można w sposób nieodwracalny utracić, np. z powodu zaniechania przez wykonawcę zaskarżenia odwołaniem czynności odrzucenia jego oferty z postępowania przez Zamawiającego. W niniejszej sprawie zarzuty odwołania odnoszą się jedynie do czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy TDC jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oraz zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wybranego wykonawcy. Odwołujący nie zakwestionował wcale czynności odrzucenia jego oferty, nie bronił swojej oferty, tylko skupił się na zwalczaniu oferty swojego konkurenta. Wskutek powyższego Odwołujący sam zrezygnował ze swojego statusu wykonawcy - aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podobne stanowiska Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła już m.in. w postanowieniu z dnia 19 lutego 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 386/21 i postanowieniu z dnia 18 lutego 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 327/22.

/…/ aby można było mówić o istnieniu interesu konkretnego wykonawcy w korzystaniu ze środków ochrony prawnej niezbędne jest zaskarżenie przez niego obydwu decyzji zamawiającego, tj. zarówno decyzji o odrzuceniu jego oferty (lub wykluczeniu z postępowania), jak również decyzji o wyborze oferty jego konkurenta jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (podobne zapatrywanie Izba wyraziła w przywołanym już powyżej postanowieniu z dnia 19 lutego 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 386/21).

Zgodnie z art. 528 pkt 2 ustawy PZP Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Natomiast zgodnie z art. 529 ust. 1 ustawy PZP Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym. W ocenie Izby Odwołujący nie jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania, gdyż wskutek zaniechania wniesienia odwołania wobec czynności odrzucenia jego oferty, nie miał interesu we wniesieniu odwołania kwestionującego wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy. Izba uznała zatem, że z powodu wniesienia odwołania przez podmiot nieuprawniony na podstawie przywołanych powyżej przepisów odwołanie podlega odrzuceniu.”

Identyczny pogląd prezentuje postanowienie KIO 663/23: „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 (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 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."
Kolejny tej treści pogląd wyrażony został w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej z. KIO 1400/22: „Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. Ww. przepis stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.
Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej 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 przywołanych przepisów wynika, że nie jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej podmiot, który utracił w danym postępowaniu status wykonawcy.
Izba stwierdziła, że w rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie ma statusu wykonawcy i nie jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej, oferta Odwołującego została bowiem odrzucona, a wobec tej czynności nie zostało wniesione odwołanie.
Przepisy polskiej ustawy Pzp określają tę kwestię bez zróżnicowania ze względu na wartość zamówienia, powinny być więc one interpretowane tak samo zarówno w postępowaniach o wartości zamówienia nieprzekraczającej progów unijnych, jak i w postępowaniach o wartości zamówienia przekraczającej te progi."
W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że oferta Odwołującego została skutecznie odrzucona w przedmiotowym przetargu, a wykonawca ten nie skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej w zakresie odnoszącym się do tej czynności.
W związku z tym - w przekonaniu Izby - sam Odwołujący pozbawił się wpływu na wynik postępowania, w którym już jego oferta nie będzie mogła być wybrana jako najkorzystniejsza.
Rozpoczynając rozważania na temat uprawnień podmiotu wnoszącego odwołanie należy wskazać, że nie mają one

charakteru absolutnego, a zakres podmiotowy tych uprawnień został określony w przepisie art. 505 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że 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.
Pojęcie wykonawcy rozumianego, stosownie do definicji, o której mowa w art.7 pkt 30 ustawy Pzp jako osoby fizycznej, osoby prawnej albo jednostki organizacyjnej nieposiadającej 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 - według zapatrywania Izby - oznacza podmiot aktywnie ubiegający się o uzyskanie zamówienia, z ważną ofertą, co w rozpatrywanej sprawie nie ma miejsca z racji uprawomocnienia się czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
W rozpoznawanej sprawie zarzuty odwołania są wymierzone jedynie przeciwko ofercie konkurenta i nie dotyczą obrony oferty Odwołującego, a zatem jest to sytuacja, gdy wykonawca nie ubiega się o udzielenie zamówienia, jego oferta została odrzucona, a on sam nie będzie mógł już zawrzeć z Zamawiającym umowy o udzielenie zamówienia publicznego.
Podsumowując Izba podziela poglądy prezentowane w judykaturze Krajowej Izby Odwoławczej (vide: postanowienie z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 386/21, postanowienie z dnia 18 marca 2021 r., sygn. akt KIO 727/21, postanowienie z dnia 29 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 1174/21, postanowienie z dnia 6 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1866/21, podobnie postanowienie sygn. akt z dnia 28 czerwca 2021 r. KIO 1650/21.
Z powyższych względów Izba orzekła na zasadzie przepisu art. 528 pkt 2 ustawy Pzp stosownie do którego Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.
W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie."
Potwierdzeniem, że przywołane wyżej postanowienie stanowi element konsekwentnej linii orzeczniczej KIO /tu przykłady/.
Niezależnie od ww. wniosku, działając z ostrożności, Przystępujący wskazuje, że podmiot składający odwołanie nie posiada (a zatem nie mógł także wykazać) interesu prawnego w złożeniu odwołania na decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej jak również odwołanie jest bezzasadne.
Przystępujący wskazuje, że składający odwołanie nie spełnił wymogu wynikającego z art. 505 ust. 1 pzp, tj. wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W pierwszym rzędzie wskazać należy, że podmiot składający odwołanie, poprzez brak zakwestionowania decyzji o odrzuceniu jego oferty zaakceptował stan, w którym nie pozyska zamówienia będącego przedmiotem tego postępowania. Tym samym – poprzez akceptację tego stanu wyraził także brak interesu w pozyskaniu niniejszego zamówienia, gdyż składając odwołanie w istocie nie dąży do pozyskania zamówienia, a jedynie do odrzucenia oferty Przystępującego. W samej treści zapisów odnoszących się do interesu we wniesieniu odwołania, wskazano, że „odrzucenie oferty Hightech Energy prowadzić będzie do unieważnienia całego Postępowania, co otworzy drogę Odwołującemu do ponownego złożenia oferty i uzyskania zamówienia." – zatem ewidentnie nie wykazuje interesu w aktualnym postępowaniu, a poszukuje go w ewentualnym przyszłym postępowaniu. Przy czym warto zauważyć, że w przypadku, do którego dąży wnoszący odwołanie, tj. unieważnienia bieżącego postępowania, może nie dojść do kolejnego postępowania przetargowego, gdyż – wobec odrzucenia wszystkich ofert – Zamawiający może skorzystać z art. 214 ust. 1 pkt 6 pzp i wybrać wykonawcę z wolnej ręki. Uzasadnienie Odwołującego w zakresie próby wykazania interesu we wniesieniu odwołania jest błędne. Jak wskazuje się w literaturze oraz orzecznictwie, „Należy również wskazać, że interes odwołującego nie może wyrażać się w unieważnieniu postępowania - istotą wnoszenia środków ochrony prawnej jest bowiem uzyskanie zamówienia w konkretnym postępowaniu, z czym unieważnienie postępowania jest sprzeczne.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania Przystępujący podniósł, że z treści odwołania wynika, że Odwołujący stawia zarzuty jedynie wobec oferty Przystępującego.
W myśl przepisu art. 528 pkt 2 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Oferta Odwołującego została skutecznie odrzucona w przedmiotowym postępowaniu, a Wykonawca ten nie skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej w zakresie odnoszącym się do tej czynności. W związku z tym Odwołujący sam pozbawił się wpływu na wynik postępowania, w którym już jego oferta nie będzie mogła być wybrana jako najkorzystniejsza. Zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że 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. Oferta Odwołującego została skutecznie odrzucona. Odwołujący

nie broni swojej oferty a interes postrzega jedynie jako unieważnienie postępowania. Z tych względów na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Rozstrzygnięcia o odrzuceniu odwołania w podobnych stanach faktycznych

Zgodnie z art. 528 pkt 2) ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi,
że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Skoro Odwołujący nie spełnia przesłanek wskazanych w art. 505 ust. 1 ustawy pzp, to jest podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (legitymację tę utracił
w chwili upływu terminu na wniesienie odwołania od czynności odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego.

Izba uznała, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, tj. przez podmiot, który utracił status wykonawcy.
Uznać tym samym należy, że 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. Z przepisu ustawy Pzp wynika, że status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też
z realizacją samego zamówienia. Dostrzeżenia więc wymaga, iż sam fakt złożenia oferty w postępowaniu przez Odwołującego nie gwarantował mu zachowanie statusu wykonawcy w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez ustawodawcę, co z drugiej strony przekłada się na możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Status wykonawcy można bowiem nieodwracalnie utracić – przykładowo – w wyniku zaniechania zaskarżenia przez wykonawcę, który złożył ofertę decyzji zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu lub odrzucenia jego oferty.
Oferta Odwołującego, co potwierdzono w odwołaniu, została odrzucona
w postępowaniu, jednak zarzuty odwołania w ogóle nie dotyczą tej czynności i decyzji Zamawiającego, a „jedynie" decyzji o wyborze oferty wykonawcy, którego oferta zdaniem Odwołującego powinna także zostać wyeliminowana z postępowania, ponieważ zawiera ona podobne błędy jak oferta Odwołującego. Stwierdzić zatem stanowczo należy, że Odwołujący w żaden sposób nie przeciwdziałał wyeliminowaniu go z udziału w postępowaniu, akceptując ustalenia i ostateczną oceny podmiotową przeprowadzoną przez Zamawiającego. Jednocześnie żądaniem odwołania Odwołujący objął możliwość unieważnienia całego postępowania. Czynność odrzucenia oferty Odwołującego z udziału w postępowaniu wywiera zatem skutki prawne, które – wobec niewniesienia odwołania – mają charakter nieodwracalny.
Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie nie był już wykonawcą – uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, zatem odwołanie jako wniesione przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu. Przymiot uczestnika postępowania Odwołujący utracił w momencie, gdy zdecydował się nie kwestionować decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, a zaskarżyć jedynie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy. W ocenie Izby Odwołujący sam zrezygnował z takiej możliwości formułując zarzuty odwołania.
W konsekwencji sam także zrezygnował z swojego statusu jako wykonawcy czyli aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Reasumując, Odwołujący nie posiada obecnie statusu wykonawcy w rozumieniu
ustawy Pzp i w konsekwencji jest podmiotem nieuprawnionym do skorzystania ze środka ochrony prawnej, wobec czego odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie
pkt 2 ustawy Pzp.
na względzie powyższe, na podstawie art. 529 ust. 1, art. 553 zdanie drugie ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 oraz art. 573 i następne ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 2 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 31.12.2020, poz. 2437), w przypadku odrzucenia odwołania Odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania.

Przewodniczący:

……