

Sygn. akt: KIO 1735/16

POSTANOWIENIE
z dnia 29 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec
Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 29 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Inso Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Włoszech we Florencji (50127), Via G. del Pian dei Carpini 1 oraz Summa Turizm Yatirimciligi A.S. z siedzibą w Turcji, w Ankarze, 27 Aralık Sokak No. 3, Cankaya 06105** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta w Warszawie (00-999), ul. Senatorska 29/31**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Erbud S.A. w Warszawie (02-797), ul. Klimczaka 1, STRABAG sp. z o.o. w Pruszkowie (05-800), ul. Parzniewska 10, Ed Zueblin AG z siedzibą w Niemczech w Stuttgarcie (D-70567), Albstadtweg 3, oraz Strabag AG z siedzibą w Austrii w Spittal an der Drau (9800), Ortenburgerstrasse 27** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IDS-BUD S.A. w Warszawie (00-844), ul. Grzybowska 87 i Korporacja „ALTIS HOLDING” z siedzibą w Ukrainie, w Kijowie (03146), ul. Kaczałowa 5W** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Inso Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Włoszech, we Florencji oraz Summa Turizm Yatirimciligi A.S. z siedzibą w Turcji, w Ankarze** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Inso Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Włoszech, we Florencji oraz Summa Turizm Yatirimciligi A.S. z siedzibą w Turcji, w Ankarze** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na realizację zadania: „Budowa Szpitala Południowego” zostało wszczęte przez Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta w Warszawie, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie z dnia 19 września 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 196-345766) w dniu 11 października 2014 r.

W dniu 16 września 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inso Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Włoszech, we Florencji oraz Summa Turizm Yatirimciligi A.S. z siedzibą w Turcji, w Ankarze, zwanych dalej łącznie konsorcjum Inso.

Konsorcjum Inso zarzucało Zamawiającemu naruszenie:

1. *„art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum ERBUD pomimo, że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny,*
2. *art. 7 ust. 1 pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.”*

Mając na uwadze tak sformułowane zarzuty konsorcjum Inso wносиło o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a także odrzucenia oferty Konsorcjum ERBUD jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

W dniu 19 września 2016 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Erbud S.A. w Warszawie, STRABAG sp. z o.o. w Pruszkowie, Ed Zueblin AG z siedzibą w Niemczech w Stuttgarcie oraz Strabag AG z siedzibą w Austrii w Spittal an der Drau, zwani dalej łącznie konsorcjum Erbud lub Przystępującym.

W tym samym dniu Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A. w Warszawie oraz Korporacja „ALTIS HOLDING” z siedzibą w Ukrainie, w Kijowie, zwani dalej łącznie konsorcjum IDS-BUD lub Przystępującym.

Jak ustaliła Izba na podstawie dokumentów zebranych w sprawie – w tym m.in. dokumentów przekazanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Izby i poświadczonych za zgodność z oryginałem, uwzględniając przy tym również, jako znane jej z urzędu, orzeczenia wydane przez Izbę we wcześniej toczących się postępowaniach odwoławczych wszczętych w wyniku odwołań wniesionych w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego, tak konsorcjum Inso, jak i obaj Przystępujący złożyli Zamawiającemu swe oferty.

Jak ustaliła Izba w sprawie KIO 1566/16: *„wykonawcy w rzeczywistości konkurowali jedynie ceną i gdyby wszystkie złożone oferty podlegały ocenie ofert, to ranking ofert kształtowałby się w sposób następujący oferta najkorzystniejsza Konsorcjum IDS-BUD, drugie miejsce konsorcjum INSO, trzecie miejsce Konsorcjum Erbud, czwarte miejsce”* wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Astaldi S.p.A. z siedzibą we Włoszech w Rzymie oraz NBI S.p.A. z siedzibą we Włoszech w Rzymie, zwani dalej łącznie konsorcjum Astaldi

Zgodnie z ustaleniami faktycznymi poczynionymi przez Izbę w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 898/16, KIO 899/16, KIO 901/16, Zamawiający pismem z dnia 17 maja 2016 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego - oferty złożone tak przez Konsorcjum, jak i przez obu Przystępujących zostały przez Zamawiającego odrzucone. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez konsorcjum Astaldi

Z tak dokonany wybór nie zgadzali się obaj Przystępujący oraz konsorcjum Inso, co znalazło oddźwięk we wniesionych przez nich odwołaniach, wniesionych odpowiednio przez: konsorcjum Inso w sprawie KIO 898/16, konsorcjum IDS-BUD w sprawie KIO 899/16 oraz konsorcjum Erbud w sprawie KIO 901/16.

Konsorcjum Inso, we wniesionym przez siebie odwołaniu, jak ustaliła Izba w sprawie KIO 898/16, zarzucało Zamawiającemu naruszenie przepisu *„art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art 7 ust. 1 Pzp przez jego nieuprawnione zastosowanie do oferty Odwołującego i jej odrzucenie, pomimo że nie zawiera błędów w obliczeniu ceny oraz przez zaniechanie jego zastosowania do oferty złożonej przez Konsorcjum Astaldi”*,

Konsorcjum Inso w postępowaniach odwoławczych w sprawie KIO 899/16 i KIO 901/16, będąc do tego przez Zamawiającego wezwanym, zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, jednakże Izba uznała te przystąpienia za nieskuteczne, a tym samym konsorcjum Inso nie uzyskało statusu uczestnika powołanych postępowań odwoławczych (KIO 899/16 i KIO 901/16).

Na mocy wyroku Izby z dnia 1 lipca 2015 r. wydanego w sprawie KIO 898/16, KIO 899/16, KIO 901/16 Izba m.in. oddaliła odwołanie wniesione przez konsorcjum Inso w sprawie KIO 898/16, przesądzając tym samym, że zaskarżona przez konsorcjum Inso czynność Zamawiającego – odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum Inso – została utrzymana w mocy.

Pismem z dnia 20 lipca 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że oferty złożone przez konsorcjum Inso oraz przez konsorcjum Astaldi zostały przez niego odrzucone, a za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez konsorcjum IDS.

Konsorcjum Inso tej czynności Zamawiającego nie kwestionowało, nie wniosło wobec niego odwołania.

Odwołanie wobec powyższego wyboru wniosło konsorcjum Erbud (sprawa KIO 1419/16). Mocą wyroku Izby z dnia 16 sierpnia 2016 r. odwołanie to zostało oddalone.

W dniu 5 września 2016 r. w sprawie KIO 1566/16 Izba oddaliła odwołanie wniesione przez konsorcjum Astaldi.

Pismem z dnia 7 września 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że wykluczył z udziału w postępowaniu konsorcjum IDS-BUD, a za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez konsorcjum Erbud.

W odniesieniu do tej właśnie czynności wniosło odwołanie konsorcjum Inso w rozpoznawanej przez Izbę sprawie. W odwołaniu tym konsorcjum Inso podnosi, że wobec wyroku Izby z dnia 1 lipca 2015 r. wydanego w sprawie KIO 898/16, KIO 899/16, KIO 901/16 wniosło skargę do Sądu Okręgowego, która na dzień wniesienia odwołania nie została jeszcze rozpoznana.

W ocenie Izby odwołanie to, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony, podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 179 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp, w tym odwołanie, przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu

podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, z tym zastrzeżeniem, że wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują one również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym tylko podmioty wskazane w tym przepisie mogą zostać uznane za uprawnione do wniesienia odwołania, stąd *a contrario* podmioty niezaliczające się do tego grona, uznane muszą zostać za nieuprawnione do wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie musi zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Jak wynika z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. W rozpoznawanej sprawie konsorcjum Inso złożyło Zamawiającemu wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie ofertę. Niewątpliwym jest, że status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego konsorcjum Inso posiadało. Niemniej jednak, w wyniku czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego, konsorcjum Inso status aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia utraciło.

Tak jak oczywistym jest, że wykonawcy wykluczeni z postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na pierwszym jego etapie, nie mogą być uznawani za wykonawców czynnie uczestniczących w tym postępowaniu na jego kolejnym etapie, tj. składania ofert, tak też podmiot, którego oferta została przez Zamawiającego odrzucona, a czynności ta nie została zaskarżona w odpowiednim terminie, również nie może za takiego czynnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia (wykonawcę) być uważany. Podmioty te, mimo, że na wcześniejszych etapach były wykonawcami uczestniczącymi w postępowaniu, to w omawianych tu przypadkach, za wykonawców uznane już być nie mogą – utraciły one bowiem ten status na skutek określonych czynności podjętych przez Zamawiającego i niezaskarżenia tych czynności w przepisany prawem terminie. Są one wykonawcami jedynie w ujęciu historycznym, w zamkniętych ramach czasowych, których cezurą końcową

jest skuteczne (niezaskarżalne) ich wykluczenie z udziału w postępowaniu lub odrzucenie złożonej przez nich oferty. Tak m.in. Izba w sprawie KIO 2288/13, czy też sprawie KIO 1500/13 gdzie wskazano, że: „W postanowieniu z 19 marca 2012 r. sygn. akt IX Ga 39/12 (niepubl.) Sąd Okręgowy w L. wskazał, że w pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza winna ocenić, czy odwołanie zostało wniesione przez podmiot do tego uprawniony. Izba zważyła, że odwołujący nie kwestionuje czynności wykluczenia go z postępowania. Czynność wykluczenia wywiera zatem skutki prawne, które - wobec nie wniesienia skargi do Sądu Okręgowego na wyrok Izby z 10 czerwca 2013 r. - mają charakter nieodwracalny. Odwołujący nie jest już uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, zatem odwołanie, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 P.z.p. Prezentowana wykładnia przywołanego przepisu, mającego zastosowanie (...) również do okoliczności, w których podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej nie może uczestniczyć w postępowaniu odwoławczym, gdyż sam jest podmiotem do tego nieuprawnionym, została podniesiona w doktrynie (vide: J. Jerzykowski (w:) M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV). Pogląd, iż niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, który został skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu, a tym samym utracił status uczestnika tego postępowania, znalazł również potwierdzenie w postanowieniu Sądu Okręgowego W. w W. z dnia 9 października 2008 r. sygn. akt IV Ca 521/08 (niepubl.). W uzasadnieniu tego postanowienia Sąd Okręgowy stwierdził, że odwołanie wniesione przez taki podmiot podlega odrzuceniu, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony. Analogiczny pogląd wywiedziony został także w postanowieniu Izby z dnia 18 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1176/09) oraz z dnia 5 kwietnia 2011 r., (sygn. akt: KIO 842/11, KIO 844/11), w których Izba za nieuprawniony uznała podmiot, któremu nie służy przymiot wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, na którym zostaje złożony środek ochrony prawnej.”

Sytuację tę zrównać należy w ocenie Izby z przypadkiem, w którym oferta złożona przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, została przez Zamawiającego odrzucona, a czynność ta została utrzymana w mocy orzeczeniem wydanym przez Izbę (odwołanie wobec odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Inso zostało przez Izbę w sprawie KIO 898/16 oddalone, a kolejna czynność odrzucenia oferta złożonej przez konsorcjum Inso podjęta przez Zamawiającego i zakomunikowana wykonawcom pismem z dnia 20 lipca 2016 r. nie została już przez konsorcjum Inso zaskarżona), jak również z przypadkiem, gdy takie odrzucenie nastąpiło w wyniku wykonania orzeczenia Izby. Z tym tylko wyjątkiem, że w tym ostatnim przypadku nie jest konieczny upływ terminu na wniesienie odwołania. Zgodnie bowiem z art. 185 ust. 6 ustawy Pzp

odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 tegoż artykułu do przystąpienia do postępowania odwoławczego, nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby. Tym samym ustawa Pzp w sposób wyraźny wyłącza możliwość odwoływania się wobec czynności dokonanych przez Zamawiającego w wykonaniu wyroku Izby. Czynność taka nie może zostać podważona na drodze wniesienia do Prezesa Izby kolejnego odwołania wobec tej właśnie czynności. Już z samego faktu jej dokonania w wykonaniu wyroku Izby nakazującego jej podjęcie staje się ona niezaskarżalna. Stąd też z chwilą realizacji przez Zamawiającego takiej czynności (wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia złożonej przez niego oferty), podmiot, do którego czynność ta bezpośrednio się odnosi, traci status aktywnego wykonawcy – przestaje on z tą chwilą czynnie uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Faktem jest, że wyrok Izby, stanowiący podstawę dokonania czynności przez Zamawiającego, może zostać zaskarżony przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, w którym był on wydany, jednakże samej czynności Zamawiającego, o której tu mowa, podmioty wezwane do przystąpienia od postępowania odwoławczego kwestionować już nie mogą. Co istotne, przepisy ustawy Pzp nie nakazują Zamawiającemu powstrzymania się z podejmowaniem jakichkolwiek działań do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia skargi przez sąd okręgowy, czy choćby do upływu terminu na wniesienie takiej skargi. Analogicznie należy ocenić przypadek, w którym Izba oddalając odwołanie wniesione przez wykonawcę utrzymała w mocy czynność odrzucenia złożonej przez niego oferty. Wręcz przeciwnie, w obu tych przypadkach, możliwym jest nie tylko podjęcie dalszych działań w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale nawet podpisanie umowy wieńczącej to postępowanie (art. 183 ust. 1 ustawy Pzp). Aby możliwym było podpisanie samej umowy, Zamawiający może być zmuszony do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, a co za tym idzie, wcześniejszego przeprowadzenia badania i oceny ofert złożonych mu w postępowaniu. W takim przypadku jest on zatem zobowiązany również do odrzucenia ofert, które zgodnie z przepisami ustawy Pzp winny zostać odrzucone. Wszystkie te czynności Zamawiający jest władny podejmować niezależnie od toczącego się postępowania skargowego. Tym samym sama tylko możliwość zaskarżenia wyroku Izby, czy nawet jego zaskarżenie, nie może wpływać na ocenę prawidłowości działań podejmowanych w postępowaniu po wydaniu wyroku przez Izbę – postępowanie skargowe nie zawiesza skuteczności czynności podejmowanych przez Zamawiającego, czy to w wykonaniu wyroku Izby, czy to innych, koniecznych do zamknięcia postępowania i ewentualnego podpisania umowy.

Dostrzec należy, że do analogicznych wniosków co do braku możliwości skutecznego kwestionowania czynności odrzucenia oferty przez nie złożonej z dnia 20 lipca 2016 r. dojść

musiało samo konsorcjum Inso, albowiem nie odwołało się od tej czynności Zamawiającego. W tym kontekście można byłoby przyjąć założenie, że gdyby dokonana przez Izbę wykładnia przepisów ustawy Pzp nie znajdowała w tych przepisach uzasadnienia, uznać należało, że konsorcjum Inso utraciło status wykonawcy w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu w sposób ostateczny z upływem terminu na wniesienie odwołania wobec czynności z dnia 20 lipca 2016 r.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że wykonawca, którego oferta została odrzucona, czego zasadność została potwierdzona wyrokiem Izby, nie został wyposażony w uprawnienie do kwestionowania tej czynności na drodze wniesienia nowego odwołania. Został on zatem pozbawiony, z mocy prawa (zgodnie z przepisem art. 185 ust. 6, czy też art. 189 ust. 2 pkt 4 lub 5 ustawy Pzp) możliwości odwołania się wobec czynności, której konsekwencją jest pozbawienie go statusu aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia – wykonawcy uczestniczącego w tym postępowaniu. Co szczególnie wymaga podkreślenia, statusu czynnego uczestnika – wykonawcy, podmiot ten jest pozbawiany nie w wyniku zapadłego orzeczenia Izby (które jeszcze może zostać zaskarżone do sądu okręgowego, co w rozpoznawanym przypadku *de facto* miało miejsce), ale w wyniku późniejszej czynności Zamawiającego stanowiącej wykonanie (czy też odzwierciedlenie) tegoż wyroku Izby. I to właśnie ta czynność jest taką, wobec której odwołania, zgodnie z art. 185 ust. 6 ustawy Pzp, wnieść już temu podmiotowi nie wolno. Konsekwencją takiego stanu jest to, że począwszy od czynności dokonanej w wykonaniu wyroku Izby został on również pozbawiony uprawnienia do wnoszenia jakichkolwiek innych odwołań w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w których dotychczas uczestniczył, jako wykonawca – nie posiada on już bowiem aktywnego statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego. Stąd też każde wniesione przez niego odwołanie, nie tylko zmierzające do podważenia czynności odrzuconej przez niego oferty dokonanej w wykonaniu wyroku Izby, ale każdej innej podjętej równocześnie z tą czynnością lub już po niej, winno zostać odrzucone, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że konsorcjum Inso, którego oferta została odrzucona przez Zamawiającego, nie mogło na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia zostać uznane za podmiot uprawniony do wniesienia odwołania. Skoro nie było ono uprawnione do wnoszenia odwołania wobec czynności, której dokonanie wyłączyło je z grona podmiotów czynnie biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie mogło ono tym samym (nie będąc wykonawcą czynnie uczestniczącym w tym etapie

postępowania o udzielenie zamówienia) kwestionować również innych decyzji Zamawiającego podejmowanych po odrzuceniu złożonej przez konsorcjum Inso oferty.

Zauważyć przy tym należy, że konsorcjum Inso nie mogło zostać w rozpoznawanej sprawie uznane za „*inny podmiot*”, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem pojęcie to odnoszone jest, jak to zauważyła Izba w orzeczeniu KIO 529/14, do innych przypadków: *„Takim podmiotem - jak w niniejszej sprawie - będzie przedsiębiorca, który mógłby być potencjalnym uczestnikiem postępowania konkurencyjnego (prowadzonego w jednym z trybów określonych ustawą), ale wobec wszczęcia postępowania, w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., z naruszeniem - zdaniem Odwołującego - tego przepisu, uniemożliwił mu wzięcie udziału w postępowaniu w charakterze wykonawcy. Zdaniem Izby, potencjalnemu podmiotowi, mogącemu wykonać zamówienie i wyrażającemu taką chęć nie można a priori odmówić interesu we wnoszeniu odwołania w koniunkcji z utratą możliwości uzyskania zamówienia (możliwość poniesienia szkody), będącej wynikiem nieprawidłowo zastosowanego trybu udzielenia zamówienia”*. Ponadto, w ocenie Izby, niewłaściwym byłoby przyjęcie, że podmiot, który w wyniku czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia i wypływających z tego konsekwencji utracił status wykonawcy, mógł następnie wnosić odwołania jako „*inny podmiot*”, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jeśli bowiem dany podmiot skutecznie do pewnego etapu ubiegał się o udzielenie zamówienia – czynnie uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tak jak w rozpoznawanym przypadku, gdzie konsorcjum Inso złożyło wnioszek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, później zaś ofertę), a następnie został statusu wykonawcy pozbawiony (złożona przez niego oferta została odrzucona przez Zamawiającego pismem z dnia 20 lipca 2016 r.), to nie sposób uznać, że konsorcjum Inso mogłoby zostać uznane w takim przypadku za inny podmiot, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Pojęcie to odnosi się bowiem do podmiotów, które nigdy statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do którego odnosi się wnoszone przez nie odwołanie, nie miały i nie mogły go uzyskać z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W rozpoznawanej sprawie, sytuacja taka nie miała miejsca.

Odrębną kwestią (pozostającą *de facto* poza granicami rozpoznania w tej sprawie, a więc wartą dostrzeżenia jedynie na marginesie) jest to, że nawet gdy uznać za dopuszczalne złożenie odwołania (jako niepodlegającego odrzuceniu), to niemożliwym byłoby przyjęcie, że konsorcjum Inso posiadało interes we wniesieniu tak skonstruowanego odwołania, a także, że mogło ono ponieść szkodę w wyniku podnoszonego przez siebie naruszenia przepisów przez Zamawiającego. Będąc pozbawionym z mocy ustawy

(art. 185 ust. 6 ustawy Pzp) możliwości wniesienia odwołania wobec odrzucenia złożonej przez nie oferty, nie było już władne uzyskać zamówienia (tego konkretnego – „danego” w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp). Co za tym idzie nie mogło ono ponieść szkody w wyniku ewentualnego dopuszczenia się naruszenia przez Zmawiającego przepisów ustawy Pzp. Równolegle dostrzeżenia wymaga również to, że konsorcjum Inso kwestionowało we wniesionym przez siebie odwołaniu prawidłowość czynności Zamawiającego podjętych wobec oferty złożonej przez konsorcjum Erbud, a zatem droższej od tej, którą samo złożyło. Z uwagi na to, że jak to ustaliła Izba w sprawie KIO 1566/16 w rzeczywistości rozstrzygającym o wyborze oferty najkorzystniejszej była cena oferty oraz to, że to konsorcjum Inso zaoferowało cenę (200 455 579,50 zł) niższą od ceny zaoferowanej przez konsorcjum Erbud (205 950 000,00 zł), nie byłoby właściwym uznanie, że konsorcjum Inso posiadało legitymację do wnoszenia odwołania opartego na zarzutach odnoszących się do droższej niż jego oferta.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Izba uznała, iż rozpoznawane odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....