Sygn. akt: KIO 567/19

POSTANOWIENIE
z dnia 15 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący:Emil Kawa
Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 01.04.2019 r. przez wykonawcę Z. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Usług Komunalno - Budowlanych ZUKOMB Z. S. ul. Brzezińska 50, 41-404 Mysłowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom,**

przy udziale wykonawcy A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **RAFLEX A. B., ul. Bursztynowa 14/2/1, 41-943 Piekary Śląskie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Zakład Usług Komunalno - Budowlanych ZUKOMB Z. S. ul. Brzezińska 50, 41-404 Mysłowice i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego 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 2018 r. poz. 1986 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 Katowicach.

Przewodniczący:……
Sygn. KIO 567/19

Uzasadnienie

Zamawiający, Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, w Bytomiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „ *Świadczenie kompleksowej usługi polegającej na utrzymaniu porządku i czystości w budynkach mieszkalnych będących wyłączną własnością SRK S.A. oraz utrzymanie czystości i porządku wokół tych budynków położonych na terenie miast Sosnowiec, Czeladź, Będzin, Bytom, Ruda Śląska, Radzionków, Zabrze, Gliwic, Lędziny, Chorzów, Radlin, Siemianowice, Katowice, Radzionków* Zamówienie zostało podzielone na części, przedmiotowe odwołanie dotyczy Części I zamówienia.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (protokół postępowania, dokumentacja postępowania przesłana przez zamawiającego, w aktach sprawy).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.01.2019 numer ogłoszenia 2019/S 005-006990 i Krajowym Dzienniku Urzędowym Dz.U./S S5 08/01/2019 699-2019-PL

Do upływu terminu składania ofert, swoją ofertę wspólną złożyli m.in. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Zakład Usług Komunalno - Budowlanych ZUKOMB Z. S. ul. Brzezińska 50, 41-404 Mysłowice oraz Zakład Usług Komunalno - Budowlanych ZUKOMB MS M. S. ul. Brzezińska 50, 41-404 Mysłowice, zwani dalej „konsorcjum” (oferta ww. konsorcjum wykonawców, dokumentacja postępowania przesłana przez zamawiającego, w aktach sprawy).

W dniu 19 marca 2019 roku zamawiający, zawiadomił ww. konsorcjum o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę RAFLEX A. B., ul. Bursztynowa 14/2/1, 41-943 Piekary Śląskie (zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania w aktach sprawy).

W dniu 01.04.2019 roku., odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł Zakład Usług Komunalno - Budowlanych ZUKOMB Z. S. ul. Brzezińska 50, 41-404 Mysłowice prowadzący działalność gospodarczą pod taką samą nazwą. W komparycji odwołania jako „odwołujący” został wskazany Zakład Usług Komunalno - Budowlanych ZUKOMB Z. S. ul. Brzezińska 50, 41-404 Mysłowice, posiadający nr NIP2220067579. W treści odwołania wskazano, że odwołanie wnosi Zakład Usług Komunalno - Budowlanych ZUKOMB Z. S. ul. Brzezińska 50, 41-404 Mysłowice. Do odwołania został załączona informacja z ewidencji działalności gospodarczej dotycząca wyłącznie Pana Z. S.. Odwołanie również zostało podpisane przez Pana Z. S.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca RAFLEX A. B., ul. Bursztynowa 14/2/1, 41-943 Piekary Śląskie.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania z tego powodu, iż zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, gdyż ofertę w postępowaniu złożyło konsorcjum wykonawców, a odwołanie wniósł tylko jeden z wykonawców samodzielnie.

Na posiedzeniu niejawnych z udziałem stron Odwołujący odnosząc się do wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołanie podał, że przedmiotowe odwołanie złożył tylko w imieniu ZUKOMB Z. S., gdyż nie mógł uzyskać pełnomocnictwa od drugiego z konsorcjantów, gdyż ten w tym okresie przebywał za granicą. Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko co do możliwości samodzielnego wniesienia odwołania przez członka konsorcjum wskazał na przepis art. 179 ust.1 Pzp z którego wywodził, że *każdy podmiot zainteresowany ma prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej i ma to zastosowanie także do konsorcjum, nawet w takiej sytuacji, kiedy nie wszyscy członkowie konsorcjum byliby zainteresowani wniesieniem odwołania, a jeden był, to ma prawo odwołanie wnieść. W tej sytuacji zostało odwołanie wniesione przez jeden podmiot, ponieważ drugi był za granicą i nie mógł odwołania podpisać lub udzielić pełnomocnictwa.* Podniósł także iż za takim stanowiskiem przemawia także fakt, ze odwołanie mogą wnosić nawet organizacje społeczne, a tym samym i członkowie konsorcjum.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Jak ustalono, ofertę wspólną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Zakład Usług Komunalno - Budowlanych ZUKOMB Z. S. ul. Brzezińska 50, 41-404 Mysłowice oraz Zakład Usług Komunalno - Budowlanych ZUKOMB MS M. S. ul. Brzezińska 50, 41-404 Mysłowice. W konsekwencji status „wykonawcy” w postępowaniu przysługiwał wspólnie wszystkim członkom konsorcjum. Powyższe dotyczy również prawa do wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku, gdy ofertę składają wykonawcy występujący wspólnie, to tylko im wszystkim razem, a nie każdemu z osobna, przysługują środki

ochrony prawnej określone w ustawie, co jest zgodne z utrwalonym orzecznictwem Izby oraz poglądami doktryny.
Z żadnego fragmentu odwołania, ani z dokumentów do niego załączonych nie wynikało, że odwołanie składane jest w imieniu konsorcjum. Nawet gdyby przyjąć, że odwołujący był uprawniony do wniesienia środków ochrony prawnej w imieniu konsorcjum, to z treści odwołania, nawet przy najbardziej przychylnej interpretacji, nie można było wyprowadzić wniosku, iż niniejsze odwołanie jest składane w imieniu konsorcjum biorącego udział w prowadzonym postępowaniu. Faktu, że odwołanie składane jest w imieniu konsorcjum nie można było wyprowadzić również z żadnego z dokumentów załączonych do odwołania. Powyższe potwierdzał sam odwołujący.

Dostrzeżenia wymagało, że zarówno w komparycji odwołania oraz w całej jego treści jako „odwołujący" został wskazany wyłącznie Zakład Usług Komunalno - Budowlanych ZUKOMB Z. S. ul. Brzezińska 50, 41-404 Mysłowice. D odwołania została załączona informacja z ewidencji działalności gospodarczej dotycząca wyłącznie Pana Z. S., również odwołanie zostało tylko przez niego podpisane, bez jakiejkolwiek wzmianki iż odwołanie składa konsorcjum.
Biorąc powyższe pod uwagę powyższe, a w szczególności stanowisko samego odwołującego podane do protokołu posiedzenia należało dojść do wniosku, że odwołanie wniósł samodzielnie Zakład Usług Komunalno - Budowlanych ZUKOMB Z. S. ul. Brzezińska 50, 41-404 Mysłowice. Odwołujący nie był podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania, gdyż nie złożył w przedmiotowym postępowaniu samodzielnie oferty. Zatem odwołanie powinien wnieść w imieniu wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia, tymczasem środek ochrony prawnej w postaci odwołania w przedmiotowym postępowaniu wniósł samodzielnie. Stanowisko odnośnie konieczności odrzucenia odwołania w analogicznych okolicznościach prezentowane jest jednolicie w orzecznictwie Izby (por. przykładowo postanowienie z 6 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1129/11, postanowienie z 12 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1615/10.

Izba stwierdziła zatem, że odwołujący nie posiada statusu wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji jest podmiotem nieuprawnionym do skorzystania ze środka ochrony prawnej. Wobec powyższego odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.
W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2, art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie tak Izby jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Przewodniczący …….