Sygn. akt:KIO 2896/20

POSTANOWIENIE
z dnia 23 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Chudzik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 23 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2020 r. przez **D. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „STAR-SAN-DUO" D. P.,**

w postępowaniu prowadzonym przez **4 Regionalną Bazę Logistyczną we Wrocławiu,**

przy udziale **A. M. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa MADAW A. M.**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.odrzuca odwołania;

2.kosztami postępowania obciąża D. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „STAR-SAN-DUO" D. P. 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. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:……

Sygn. akt:KIO 2896/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – 4 Regionalna Baza Logistyczna we Wrocławiu– prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługa naprawy głównej uniwersalnej maszyny inżynieryjnej UMI 9.50*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 września 2020 r. pod numerem 2020/S 179-432348.

W dniu 6 listopada 2020 r. D. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „STAR-SAN-DUO" wniósł odwołanie wobec:

1)zaniechania wezwania wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (Firmy Produkcyjno-Handlowo-Usługowa MADAW A. M.) do złożenia wyjaśnień odnośnie treści Załącznika nr 2 do oferty, tj. wyjaśnienia, jaka część usługi wykazanej w ww. Załączniku dotyczy naprawy sprzętu wojskowego Służby Inżynieryjno-Saperskiej (przedmiot naprawy głównej, liczba sztuk, łączna wartość),

względnie:

2)zaniechanie wezwania do ww. wykonawcy, do ponownego przedłożenia Załącznika 2 do oferty, z którego będzie wynikało, jaka część przedmiotu usługi dotyczyła sprzętu wojskowego Służby Inżynieryjno-Saperskiej (przedmiot naprawy głównej, liczba sztuk, łączna wartość);

oraz

3)zaniechania zwrócenia się do ww. wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty, z związku z tym, że cena oferty jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 26 ust. 4, art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 i art. 24 ust. 1 pkt. 12, art. 90 ust. 1, ust. 1a pkt. 1 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie, w następstwie czego Zamawiający zaniechał podjęcia czynności zmierzających do ustalenia, czy Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa MADAW A. M. spełnia warunek udziału w postępowaniu wskazany w Rozdziale 5 pkt. 5.2. ppkt. 5.2.2. SIWZoraz czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i 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*.

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. Po upływie terminu składania ofert status wykonawcy, przysługuje temu oferentowi, który złożył ofertę.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że ofertę wspólną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: D. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „STAR-SAN-DUO" D. P. oraz Zakłady Mechaniczne O. Sp.j. z siedzibą w Zwoleniu. W konsekwencji, od momentu otwarcia ofert, status „wykonawcy" w postępowaniu przysługiwał wspólnie obu 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 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 wyprowadzić wniosku, że odwołanie jest składane w imieniu konsorcjum biorącego udział w prowadzonym postępowaniu.

W komparycji odwołania jako *Odwołujący* został wskazany D. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „STAR-SAN-DUO" D. P. .

Wniosku, że odwołanie składane jest w imieniu konsorcjum nie można było wyprowadzić również z żadnego z dokumentów załączonych do odwołania. Do odwołania został załączony wydruk z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej dotyczący D. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „STAR-SAN-DUO" D. P., nie załączono natomiast dokumentów rejestrowych drugiego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wreszcie, do odwołania załączono dowód uiszczenia wpisu, w którym w polu *Tytuł operacji* wskazano, że jest to *opłata od odwołania Star San Duo od decyzji 4 RBLog Wrocław w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty, nr postępowania TECH/211/U/2020*.

Biorąc powyższe pod uwagę należało dojść do wniosku, że odwołanie wniósł samodzielnie D. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „STAR-SAN-DUO" D. P. Odwołujący nie był podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania, gdyż nie złożył w przedmiotowym postępowaniu samodzielnie oferty. Stanowisko odnoszące się do konieczności odrzucenia odwołania w analogicznych okolicznościach prezentowane jest jednolicie w orzecznictwie Izby (m.in. postanowienie z 6 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1129/11, postanowienie z 12 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1615/10, postanowienie z 19 sierpnia 2013 r. sygn. akt KIO 1899/13, postanowienie z 7 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 176/13, postanowienie z 9 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1423/18, postanowienie z 10 lipca 2020 r. sygn. akt KIO1493/20).

Ww. pogląd podzielany jest również w literaturze prawniczej: *Za podmiot nieuprawniony należy też uznać jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, wnoszącego odwołanie bez umocowania od pozostałych wykonawców lub jedynie we własnym imieniu.* (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 14, Warszawa 2017).

Podkreślenia wymaga, że w świetle poglądów wyrażanych w orzecznictwie jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie zalicza się do kategorii „innych podmiotów", o których mowa w 179 ust. 1 ustawy Pzp. W rozumieniu tego przepisu „innymi podmiotami" będą potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia czy też zapytania o cenę) – por. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r. XII Ga 92/12; ZPwO 2014 nr 18, poz. 162, ZPwO 2014 nr 18, poz. 208, Legalis, oraz postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 4 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2215/14).

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.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4).

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy Pzp.

Przewodniczący:……