Sygn. akt: KIO 1493/20

POSTANOWIENIE
z dnia 10 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 10 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2020 r. przez wykonawcę Agencję Ochrony K. sp. z o.o. w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. w Gdyni

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Defender sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Safety sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Provider sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Gwarant Agencja Ochrony S.A. w Opolu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Agencję Ochrony K. sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Agencję Ochrony K. sp. z o.o. w Warszawie 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 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 Gdańsku.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1493/20

Zamawiający, Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. w Gdyni, prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego na „ochronę portu morskiego w Gdyni w latach 2020-2024. Numer referencyjny:

DBM/227/SIWZ-8/KJ/2020,".

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 opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 marca 2020 r., nr 2020/S 060-144641 (ogłoszenie o zamówieniu, w aktach sprawy).

Do upływu terminu składania ofert, swoją ofertę wspólną złożyli m.in. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony K. sp. z o.o. w Warszawie oraz Agencja Ochrony MK sp. z o.o. w Warszawie, zwani dalej „konsorcjum" (oferta ww. konsorcjum wykonawców, dokumentacja postępowania przesłana przez zamawiającego, w aktach sprawy).

W dniu 24 czerwca 2020 r. zamawiający, drogą elektroniczną, zawiadomił ww. konsorcjum o odtajnieniu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie self-cleaningu do fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 25 ust. 5 pkt 4 ustawy wraz z dowodami (zawiadomienie z 24 czerwca 2020 r. o odtajnieniu w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

W dniu 3 lipca 2020 r., odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec ww. czynności wniosła Agencja Ochrony K. sp. z o.o. w Warszawie. W komparycji odwołania jako „odwołujący" została wskazana Agencja Ochrony K. sp. z o.o. w Warszawie, posiadająca nr NIP 822-19-78-748. Do odwołania zostały załączone informacje odpowiadające odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dotyczące wyłącznie Agencji Ochrony K. sp. z o.o. w Warszawie. Odwołanie zostało podpisane przez członka zarządu Agencji Ochrony K. sp. z o.o. - pana A. W. oraz prokurenta Agencji Ochrony K. sp. z o.o. - pana L. K. . Do odwołania załączono dowód uiszczenia wpisu, w którym w polu „szczegółowy płatności" wskazano, że jest to wpis od odwołania „odwoluAgencja Ochrony K.sp. z o.o." (odwołanie wraz z załącznikami, w aktach sprawy).

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.

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.

Jak ustalono, ofertę wspólną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony K. sp. z o.o. w Warszawie oraz Agencja Ochrony MK sp. z o.o. w Warszawie. W konsekwencji, od momentu otwarcia ofert, 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 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, iż niniejsze odwołanie jest składane w imieniu konsorcjum biorącego udział w prowadzonym postępowaniu.

Dostrzeżenia wymagało, że w komparycji odwołania jako „odwołujący" została wskazana Agencja Ochrony K. sp. z o.o. w Warszawie, posiadająca nr NIP 8..-..-7.-748.

Faktu, że odwołanie składane jest w imieniu konsorcjum nie można było wyprowadzić również z żadnego z dokumentów załączonych do odwołania. Do odwołania zostały załączone informacje odpowiadające odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dotyczące wyłącznie Agencji Ochrony K. sp. z o.o. w Warszawie. Nie załączono dokumentów rejestrowych innych członków konsorcjum. Odwołanie zostało podpisane przez członka zarządu Agencji Ochrony K. sp. z o.o. - pana A. W. oraz prokurenta Agencji Ochrony K. sp. z o.o. - pana L. K. . Wreszcie, do odwołania załączono dowód uiszczenia wpisu, w którym Do odwołania załączono dowód uiszczenia wpisu, w którym w polu „szczegółowy płatności" wskazano, że jest to wpis od odwołania „odwoluAgencja Ochrony K. sp. z o.o.".

Biorąc powyższe pod uwagę należało dojść do wniosku, że odwołanie wniosła samodzielnie Agencja Ochrony K. sp. z o.o. w Warszawie. 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. jedynie przykładowo postanowienie z 6 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1129/11, postanowienie z 12 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1615/10, postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2013 r. KIO 1899/13, postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2013 r. KIO 176/13, postanowienie KIO z dnia 9 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1423/18, dostępne na stronie internetowej uzp.gov.pl).

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, iż 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 dnia 4 listopada 2014 r. 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.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2, art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp odwołanie odrzucono na posiedzeniu niejawnym.

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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). 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: .....