Sygn. akt KIO 225/20

POSTANOWIENIE
z dnia 10 lutego 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka
Robert Skrzeszewski
Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 10 lutego 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2020 roku przez wykonawcę: SkyCash Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie

przy udziale wykonawcy: Mobile Traffic Data Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SkyCash Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SkyCash Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (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 w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 225/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą „Pobieranie opłat za postój w strefie płatnego

parkowania niestrzeżonego z wykorzystaniem kanałów/platform mobilnych" (numer postępowania: ZDM/UM/DZP/91/PN/78/19). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 października 2019 r. pod numerem 603871-N-2019. Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako „ustawa Pzp".

I. W dniu 3 lutego 2020 r. wykonawca SkyCash Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności zamawiającego i zaniechania podjęcia czynności przez zamawiającego w ww. postępowaniu w zakresie części 1 zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1) zaniechanie wezwania do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień z uwagi na złożenie przez wykonawcę Mobile Traffic Data Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej „wykonawca MTD"), w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.1.1. Specyfikami Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") - części sprawozdania finansowego (rachunek zysków i strat), za ostatnie trzy lata obrotowe, z którego, zgodnie z wymaganiem zawartym w pkt 9.1.1. SIWZ, z załączonej części sprawozdania finansowego powinno wynikać, że sprawozdanie spełnia wymogi art. 52 ust. 2 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, tj. że sprawozdanie finansowe zostało podpisane - z podaniem zarazem daty podpisu - przez osobę, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych, i kierownika jednostki, a jeżeli jednostką

kieruje organ wieloosobowy, a tak jest w przypadku wykonawcy MTD - przez wszystkich

członków tego organu, podczas gdy złożone przez wykonawcę MTD rachunki zysków i strat ww. wymagania nie spełniają, ponieważ nie zostały podpisane, z podaniem daty podpisu, przez osobę, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych, i przez wszystkich członków zarządu wykonawcy MTD - co skutkowało naruszeniem przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;

2) zaniechanie wykluczenia wykonawcy MTD z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp, ewentualnie zaniechanie wezwania do udzielenia wyjaśnień, na podstawie art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, dotyczących Pani K. S., tj. osoby wskazanej w Wykazie osób pod poz. 5 jako pracownika wsparcia technicznego, obsługi klienta (zdalnego) w celu wykazania przez wykonawcę MTD spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.2.2. ppkt 3 SIWZ, pomimo tego, że osoba ta, w świetle załączonego do odwołania dowodu, nie spełnia ww. wymagań zamawiającego, tj. nie posiada 3 lat pracy na stanowisku telefonicznego wsparcia klienta usług mobilnych - co skutkowało naruszeniem przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp, ewentualnie art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp;

3) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MTD pomimo tego, że:

a) upłynął termin związania ofertą wykonawcy MTD,

b) wykonawca MTD nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą, oraz

c) wykonawca MTD nie wniósł wadium lub wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, a zamawiający żądał wniesienia wadium w postępowaniu

- co skutkowało naruszeniem przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 7a, pkt 7b, oraz pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, 2) odrzucenia oferty wykonawcy MTD, 3) wykluczenia wykonawcy MTD z postępowania, 4) ewentualnie - w przypadku nieuwzględnienia wniosku zawartego w pkt 2 - wezwanie wykonawcy MTD do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień części sprawozdania finansowego, tj. rachunku zysków i strat, za ostatnie trzy lata obrotowe, z którego, zgodnie z wymaganiem zawartym w pkt 9.1.1. SIWZ, powinno wynikać, że sprawozdanie spełnia wymogi art. 52 ust. 2 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, tj. że sprawozdanie finansowe zostało podpisane - z podaniem zarazem

daty podpisu - przez osobę, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych i przez wszystkich członków zarządu wykonawcy MTD, 5) ewentualnie - w przypadku nieuwzględnienia wniosku zawartego w pkt 3 - wezwanie wykonawcy MTD do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień Wykazu osób w zakresie dotyczącym Pani K. S. (poz. 5 ww. wykazu).

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 7 lutego 2020 r. wykonawca Mobile Traffic

Data Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na

podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła:

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na „pobieraniu opłat za postój w strefie

płatnego parkowania niestrzeżonego z wykorzystaniem kanałów/platform mobilnych" (pkt 4.1 SIWZ). Postępowanie zostało podzielone na trzy części: Część 1 - pobieranie opłat za postój w SPPN - pula transakcji nr 1; Część 2 - pobieranie opłat za postój w SPPN - pula transakcji nr 2; Część 3 - pobieranie opłat za postój w SPPN - pula transakcji nr 3. Wykonawca mógł złożyć ofertę na dwie dowolnie wybrane części zamówienia (pkt 4.2 SIWZ) .

Odwołujący złożył ofertę na 2 i 3 część zamówienia. Odwołujący nie złożył oferty na część 1 zamówienia (informacja z otwarcia ofert - pismo zamawiającego z dnia 14 października 2019 r.).

Z powyższego wynika, iż w zakresie części 1 odwołujący nie posiada statusu wykonawcy, a w konsekwencji także uprawnienia do składania środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego oraz zaniechanie podjęcia przez zamawiającego czynności w postępowaniu w zakresie części 1 zamówienia.

Należy wskazać, iż krąg podmiotów uprawnionych do składania środków ochrony prawnej, w tym odwołania, został przez ustawodawcę wskazany w art. 179 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej 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 ustawy (ust. 1). Środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych

warunków zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa wustawy Pzp (ust. 2). W przypadku środka ochrony prawnej wnoszonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia podstawowe znaczenie - dla dokonania oceny, czy środek ochrony prawnej został wniesiony przez podmiot uprawniony - ma kategoria wykonawcy. Podmiotem uprawnionym do wniesienia środka ochrony prawnej jest

podmiot posiadający status wykonawcy. W przypadku gdy postępowanie podzielone jest na

części - posiadanie statusu wykonawcy, jak i spełnienie pozostałych przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bada się w odniesieniu do danej części zamówienia. Natomiast kategoria „innych osób", o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, obejmuje - jak wskazuje się w orzecznictwie - potencjalnych wykonawców, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia czy też zapytanie o cenę)" [tak w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. akt XII Ga 92/12].

Pojęcie „wykonawcy" zostało przez ustawodawcę zdefiniowane w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem pod pojęciem „wykonawcy" 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. Przytoczona definicja legalna pojęcia „wykonawcy" odwołuje się do poszczególnych etapów postępowania o udzielenie zamówienia, przy czym krąg podmiotów mogących posiadać status wykonawcy ulega zawężeniu w miarę przechodzenia do kolejnego etapu. W przypadku etapu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, który ma miejsce po upływie terminu składania ofert, lecz przed zawarciem umowy, status wykonawcy może posiadać wyłącznie podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu, a w przypadku postępowania podzielonego na części - wyłącznie podmiot, który złożył ofertę w danej części zamówienia. Złożenie odwołania przez podmiot nieposiadający statusu wykonawcy oznacza złożenie odwołania przez podmiot do tego nieuprawniony, co stanowi podstawę odrzucenia tego środka ochrony prawnej wskazaną przez ustawodawcę w art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko było wielokrotnie prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. postanowienie z dnia 29 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2701/17).

Jak wynika z przedstawionych powyżej ustaleń faktycznych odwołujący nie złożył oferty na część 1 zamówienia, a zatem w zakresie tej części postępowania nie posiada on statusu wykonawcy. W konsekwencji złożone przez niego odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jako złożone przez podmiot nieuprawniony.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 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. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: .....