Sygn. akt: KIO 424/22

POSTANOWIENIE
z dnia 24 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Jolanta Markowska
Aneta Mlącka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 24 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2022 r. przez odwołującego: K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. P. Usługi Transportowe oraz A 21 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żorach

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Transportu Metropolitalnego z siedzibą w Katowicach
przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: LZ A. L., M. L. spółka jawna z siedzibą w Zendku, PKS Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklańcu, I. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą I. K. IREX, Meteor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach, IREX-1 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach oraz IREX-2 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: I. K.prowadzący działalność gospodarczą pod firmą I. K. IREX, Meteor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach, IREX-2 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach, IREX-1 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach oraz Transgór Spółka Akcyjna z siedzibą w Mysłowicach, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

C. wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

D. wykonawcy Mobilis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. Zwraca wniesione odwołanie w zakresie III oraz VI części zamówienia.

2. Odrzuca odwołanie w zakresie II części zamówienia.

3. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie VII części zamówienia.

4. Kosztami postępowania w zakresie II części zamówienia obciąża odwołującego: K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. P. Usługi Transportowe oraz A 21 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żorach i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania w zakresie II części zamówienia.

5. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. P. Usługi Transportowe oraz A 21 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żorach kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu od odwołania w zakresie VII części zamówienia.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 424/22

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

Zamawiający Zarząd Transportu Metropolitalnego z siedzibą w Katowicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Świadczenie usług autobusowego transportu publicznego na obszarze działania Zarządu Transportu Metropolitalnego" (OP/14/ZP/11/21). Zamówienie podzielone zostało na siedem części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 lipca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 143-381489.

W dniu 16 lutego 2022 r. odwołujący: K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. P. Usługi Transportowe oraz A 21 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żorach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności związanych z badaniem i oceną ofert lub zaniechaniem czynności w postępowaniu względem wykonawców: Mobilis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej także jako „Mobilis") w zakresie części VI i VII, Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (dalej także jako „PKS Grodzisk Mazowiecki) w zakresie części II i III.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) (dalej jako „ustawa Pzp"): 1) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie (a wcześniej wykluczenie) oferty: Mobilis w części Vi i VII oraz PKS Grodzisk Mazowiecki w części II i III, pomimo że z okoliczności faktycznych wynika, że ww. podmioty zawarły pomiędzy sobą niedozwolone porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składając ofertę i odwołanie; 2) zaniechanie poprzez naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp ze względu na nieodrzucenie ofert: Mobilis w części VI i VII oraz PKS Grodzisk Mazowiecki w części II i III złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy: a) z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

tj. art. 3 ust. 1 oraz art. 15c, 11 ust. 1, b) z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów tj. art. 6 ust. 1 pkt 3, 6, 7 w zw. z art. 4 pkt 4 - w związku ze złożonym odwołaniem z dnia 10 stycznia 2022 r. przez PKS Grodzisk Mazowiecki oraz odwołaniem Mobilis złożonym w piśmie z dnia 24 stycznia 2022 r.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty PKS Grodzisk Mazowiecki na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w części III, a także II, 2) odrzucenie oferty Mobilis w części VI i VII na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w części VI i VII.

Pismem z dnia 17 lutego 2022 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał odwołującego, na podstawie art. 518 ust. 1 ustawy Pzp, do przesłania w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania dowodu uiszczenia wpisu od odwołania w terminie przewidzianym na wniesienie

odwołania.

W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący doręczył Prezesowi Izby potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania w zakresie II oraz VII części zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili następujący wykonawcy:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: LZ A. L., M. L. spółka

jawna z siedzibą w Zendku, PKS Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklańcu, I. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą I. K. IREX, Meteor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach, IREX-1 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach oraz IREX-2 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach (po stronie odwołującego),

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: I. K. prowadzący

działalność gospodarczą pod firmą I. K. IREX, Meteor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach, IREX-2 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach, IREX-1 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach oraz Transgór Spółka Akcyjna z siedzibą w Mysłowicach (po stronie odwołującego),

- wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (po stronie zamawiającego),

- wykonawca Mobilis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (po stronie zamawiającego, w części VI i VII).

W dniu 22 lutego 2022 r. do akt sprawy wpłynęło pismo odwołującego zawierające oświadczenie o wycofaniu odwołania w zakresie VII części zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2022 r. do usunięcia braków formalnych odwołania, nie doręczył Prezesowi Izby potwierdzenia uiszczenia wpisu od odwołania w zakresie części III i VI.

Zgodnie z przepisem art. 517 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono wpis w wymaganej wysokości. Zgodnie z przepisem art. 518 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, braku pełnomocnictwa lub braku dowodu uiszczenia wpisu w terminie, o którym mowa w art. 517 ust. 2, Prezes Izby wzywa odwołującego, pod rygorem zwrócenia odwołania, do poprawienia lub uzupełnienia odwołania lub złożenia dowodu uiszczenia wpisu lub dokumentu potwierdzającego

umocowanie do reprezentowania odwołującego, w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. Zgodnie z art. 519 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku nieuiszczenia wpisu w terminie, o którym mowa w art. 517 ust. 2, oraz po bezskutecznym upływie terminu, o którym mowa w art. 518 ust. 1, Prezes Izby zwraca odwołanie w formie postanowienia. Zgodnie z art. 519 ust. 4 ustawy Pzp przepisy ust. 1-3 stosuje się w przypadku niezachowania warunków formalnych odwołania lub braku pełnomocnictwa, stwierdzonych przez skład orzekający. Kompetencje Prezesa Izby przysługują składowi orzekającemu. Zgodnie ze stanowiskiem wielokrotnie wyrażanym w orzecznictwie Izby skład orzekający wydaje na podstawie ww. przepisów postanowienie o zwrocie odwołania również w przypadku stwierdzenia niezachowania wymogów formalnych w zakresie uiszczenia wpisu od odwołania (np. postanowienie z dnia 5 maja 2017 r. KIO 769/17).

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła, jak w punkcie pierwszym sentencji, tj. postanowiła zwrócić odwołującemu wniesione odwołanie w zakresie III oraz VI części zamówienia, na podstawie art. 519 ust. 4 w zw. z art. 519 ust. 1 w zw. z art. 517 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 oraz w zw. z art. 518 ust. 1 ustawy Pzp.

II.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert Izba ustaliła, że odwołujący nie złożył oferty

w zakresie II części zamówienia.

Oznacza to, że w zakresie części II części zamówienia 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 II części zamówienia.

Należy wskazać, iż krąg podmiotów uprawnionych do składania środków ochrony prawnej, w tym odwołania, został przez ustawodawcę wskazany w art. 505 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ust. 1). Środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców (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. 505 ust. 1 ustawy Pzp, bada się w odniesieniu do danej części zamówienia. Natomiast kategoria „innych osób”, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, obejmuje - jak wskazuje się w orzecznictwie - potencjalnych wykonawców, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego [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. 7 pkt 30 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem pod pojęciem „wykonawcy” należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, 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 (do zawarcia 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. 528 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 II część zamówienia, a zatem w zakresie tej części postępowania nie posiada on statusu wykonawcy. W konsekwencji złożone przez niego odwołanie w zakresie II części zamówienia podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp jako złożone przez podmiot nieuprawniony.

Uwzględniając powyższe, Izba postanowiła, jak w punkcie drugim sentencji, na podstawie art. 553 ust. 1 zdanie drugie oraz art. 528 pkt 2 ustawy Pzp.

III.

Wobec wycofania przez odwołującego odwołania w zakresie VII części zamówienia, Izba postanowiła, jak w punkcie trzecim sentencji, tj. umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie VII części zamówienia, na podstawie art. 553 ust. 1 zdanie drugie oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania odwoławczego w zakresie II części zamówienia Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

O kosztach postępowania odwoławczego w zakresie VII części zamówienia Izba orzekła na podstawie art. 557 i 574 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Mając na uwadze powyższe, o kosztach postępowania Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: .....