

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 28 sierpnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 28 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2024 roku przez wykonawcę P.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą COPY.NET.PL P.S. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez centralnego zamawiającego – Centrum Obsługi Administracji Rządowej przy udziale wykonawców:

- Intaris spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie
 - Suntar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie
 - GALAXY Systemy Informatyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze
- zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - P.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą COPY.NET.PL P.S. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę P.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą COPY.NET.PL P.S. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

KIO 2858/24

Uzasadnienie

Centrum Obsługi Administracji Rządowej - Centralny Zamawiający (zwane dalej „Zamawiającym”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”) postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej na *dostawę urządzeń biurowych* z podziałem na 3 części, o numerze: WIP.261.7.2024.WW, (zwane dalej: „postępowaniem”) działając w imieniu i na rzecz Jednostek Administracji Publicznej wskazanych w załączniku nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) przedmiotowego postępowania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 lutego 2024 r. pod numerem S 41/2024 120591-2024.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W odniesieniu do przedmiotowego postępowania w zakresie części 1 oraz 3 w dniu 9 sierpnia 2024 r. odwołanie złożył P.S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą COPY.NET.PL P.S. w Warszawie (dalej „COPY.NET”), wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- czynności wyboru ofert oraz zaniechania odrzucenia oferty Suntar sp. z o. o. z siedzibą w Tarnowie (dalej: „Suntar”) w części 1 i części 3,
- czynności wyboru ofert oraz zaniechania odrzucenia oferty Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (dalej: „Galaxy”) w części 1 oraz
- czynności wyboru ofert oraz zaniechania odrzucenia oferty Intaris sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Intaris”) w części 3.

COPY.NET zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawców Galaxy i Intaris do uzupełnienia

przedmiotowego środka dowodowego w postaci autoryzacji dla dystrybutorów i serwisu, którzy złożyli oświadczenia o wydajności materiałów eksploatacyjnych,

2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty:

- 1) Wykonawcy Suntar jako niezgodnej z warunkami zamówienia w części 1 i części 3,
- 2) Wykonawcy Galaxy jako niezgodnej z warunkami zamówienia w części 1,
- 3) Wykonawcy Intaris jako niezgodnej z warunkami zamówienia w części 3.

W związku z powyższym COPY.NET wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru ofert w zakresie części 1 i części 3,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym:

- 1) w celu wykazania, że oferta została złożona zgodnie z warunkami zamówienia - wezwania Wykonawcy Galaxy do przedłożenia autoryzacji dla dystrybutora AB S.A. i serwisu Eo Networks S.A., którzy złożyli oświadczenia dotyczące wydajności materiałów eksploatacyjnych w części 1 typ 4 i 5,
- 2) w celu wykazania, że oferta została złożona zgodnie z warunkami zamówienia - wezwania Wykonawcy Intaris do przedłożenia autoryzacji dla dystrybutora Riset Polska sp. z o.o., który złożył oświadczenie dotyczące wydajności materiałów eksploatacyjnych w części 3 typ 3 oraz autoryzacji dla dystrybutora AB S.A., który złożył oświadczenie dotyczące wydajności materiałów eksploatacyjnych części 1 typ 4 i 5,
- 3) odrzucenia oferty Galaxy w części 1, jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
- 4) odrzucenia oferty Intaris w części 3, jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
- 5) odrzucenia oferty Suntar w części 1 i części 3, jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Dnia 9 sierpnia 2024 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili:

- Intaris spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie
- Suntar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie
- GALAXY Systemy Informatyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze wnosząc o oddalenie odwołania jako bezprzedmiotowego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2) ustawy Pzp, zgodnie z którym *„Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...) 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.*

Zgodnie z art. 505 ust. 1 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 zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, z zastrzeżeniem, że wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia przysługują one również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy Pzp oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorstw.

Powyższe oznacza, że 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. 528 pkt 2) ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 7 pkt 30) ustawy Pzp wykonawca to osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub 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, zawężając krąg podmiotów mogących posiadać status wykonawcy w miarę kolejnych etapów. 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.

Wskazać także należy, że *„Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia* (art. 58 ust. 5 ustawy Pzp).

Jak wynika tak z art. 7 pkt 30) 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 (Informacja z otwarcia ofert z dnia

17 kwietnia 2024 r. sprostowane dnia 18 kwietnia 2024 r., a także treść ofert złożonych w postępowaniu) skład orzekający Izby ustalił, że ofertę wspólną w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w części 1 i 3 złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: P.S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą COPY.NET.PL P.S. w Warszawie oraz CANON Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

W konsekwencji, od momentu otwarcia ofert, status „wykonawcy” w postępowaniu przysługiwał wspólnie wszystkim wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

Powyższe dotyczy również prawa do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 505 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 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nawet gdyby przyjąć, że COPY.NET była uprawniona do wniesienia środków ochrony prawnej w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to z treści odwołania, nawet przy najbardziej przychylniej interpretacji, nie można wyprowadzić wniosku, że odwołanie jest składane w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w prowadzonym postępowaniu.

Jako odwołujący został wskazany – P.S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą COPY.NET.PL P.S. w Warszawie. W treści odwołania, już na pierwszej jego stronie jednoznacznie wskazano, że podmiot ten wnosi odwołanie działając w imieniu własnym.

Wniosku, że odwołanie składane jest w imieniu konsorcjum nie można było wyprowadzić również z żadnego z dokumentów załączonych do odwołania. Do odwołania został załączony jedynie wydruk z CEIDG dla COPY.NET. Nie załączono dokumentów rejestrowych żadnego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wreszcie, do odwołania załączono dowód uiszczenia wpisu, w którym w polu *Tytuł operacji* wskazano, odpowiednio do zadania „*Wpis od odwołania na wybór, Copy.Net.pl P.S., Postępowanie nr WIP.261.7.2024.WW*”

Biorąc powyższe pod uwagę należało dojść do wniosku, że odwołanie wniósł samodzielnie P.S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą COPY.NET.PL P.S. w Warszawie która nie był podmiotem uprawnionym do ich wniesienia, gdyż nie złożył w przedmiotowym postępowaniu samodzielnie oferty.

Stanowisko odnoszące się do konieczności odrzucenia odwołania w analogicznych okolicznościach prezentowane jest jednolicie w orzecznictwie Izby, które choć w większości zapadło na tle ustawy Pzp, to w pełni zachowuje swą aktualność (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 lutego 2020 r. sygn. akt KIO 225/20, postanowienie z 10 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1493/20, postanowienie z 23 listopada sygn. akt KIO 2896/20 czy postanowienie z 7 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 1146/21 i KIO 1150/21).

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 505 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) – por. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. XII Ga 92/12 oraz postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 4 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2215/14).

Skład orzekający Izby stwierdził zatem, że P.S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą COPY.NET.PL P.S. w Warszawie nie posiada statusu wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji jest podmiotem nieuprawnionym do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Wobec powyższego odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2) ustawy Pzp, gdyż zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

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

Przewodniczący:.....