

POSTANOWENIE

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego **2 lipca 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **17 czerwca 2024 r.**

przez wykonawcę: **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wprowadzenie systemu zdalnego odczytu i monitoringu zużycia wody na terenie Gminy Stęszew* (IN.271.6.9.2024)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Stęszew** [„Zamawiający”]

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego: **Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** [„Przystępujący”]

orzeka:

1.Odrzuca odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

- 1)zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania oraz łącznie kwotę 4498 zł 50 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta dziewięćdziesiąt osiem złotych pięćdziesiąt groszy) **uzasadnionych kosztów Zamawiającego,**
- 2)zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4498 zł 50 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta dziewięćdziesiąt osiem złotych pięćdziesiąt groszy).

Na niniejsze 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.**

Uzasadnienie

Gmina Stęszew {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej: „ustawa pzp” lub „ppp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Wprowadzenie systemu zdalnego odczytu i monitoringu zużycia wody na terenie Gminy Stęszew*(IN.271.6.9.2024). Ogłoszenie o tym zamówieniu 14 lutego 2024 r. zostało zamieszczona w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 32 pod poz. 92961. Wartość tego zamówienia jest wyższa niż progi unijne.

5 czerwca 2024 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Polski Instytut Rozwoju”, „PIR” lub „Przystępujący”}.

17 czerwca 2024 r. Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Orange Polska” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, gdyż zaniechał odrzucenia oferty Polskiego Instytutu Rozwoju, która jest niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na zaoferowanie nakładki na wodomierze niespełniającej parametrów opisu przedmiotu zamówienia w zakresie sprecyzowanym w postaci ośmiu szczegółowych zarzutów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2.Odrzucenia oferty PIR-u.
- 3.Ponownego badania i oceny ofert.

Na posiedzeniu Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy pzp jako wniesionego przez podmiot uprawniony, tj. Orange Polska S.A., w sytuacji gdy ofertę złożył wspólnie z Pronal Smartmetering24 sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Szczecinie.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Na wstępie zarówno formularza ePUAP, jak i załączonego pliku „Odwołanie_OPL_Gm.

Steszew_liczniki_wybór_17-06-2024_v2.pdf" jako „Odwołujący” zostało wskazane Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Dodatkowo w ramach tego drugiego dokumentu, zawierającego pełną treść odwołania, zamieszczono uzasadnienie legitymacji do wniesienia odwołania w następującym brzmieniu: *Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w Postępowaniu posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę na skutek niezgodnych z ustawą czynności i zaniechań Zamawiającego. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, jednocześnie Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą i zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy PIR, której treść była niezgodna z warunkami zamówienia. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do tego, że zostanie odrzucona oferta wykonawcy PIR, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, wskutek czego Odwołujący będzie mógł uzyskać przedmiotowe zamówienie. Wobec powyższego należy uznać Odwołującego za podmiot uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy.*

Poza tym dla wykazania dochowania terminu na wniesienie odwołania zamieszczono następujące zdanie: *Odwołujący otrzymał informację o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dn. 5 czerwca 2024 r., wobec czego dziesięciodniowy termin na złożenie odwołania określony w art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy należy uznać za zachowany.*

Nigdzie indziej w odwołaniu nie ma odniesienia się do sytuacji czy statusu Odwołującego, gdyż pozostała treść poświęcona jest sprecyzowaniu zarzutów stawianych ofercie Polskiego Instytutu Rozwoju.

Na końcu odwołania wymieniono następujące załączniki: 1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania; 2. Dowód przekazania odwołania Zamawiającemu; 3. Pełnomocnictwo; 4. Wydruk informacji pobranej w trybie art. 4 ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sadowym; 5. Kopia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.; 6. Dowody: a) karta katalogowa nakładki MacIQ WM b) dokumentacja techniczno-rozruchowa nakładki MacIQ WM. MacIQ_WM_DTR_V1.1 c) instrukcja użytkowania nakładki MacIQ WM: MacIQ WI Instrukcja instalacji obsługi_PL_1.3 d) plik mp.4 z nagraniem prezentującym konstrukcję obudowy nakładki MacIQ WM ze strony <https://www.youtube.com/watch?v=U2d7xeSDhT8>.

Zarówno wypełniony formularz ePUAP, jak i wspomniany plik w formacie .pdf zostały opatrzone podpisem elektronicznym tej samej osoby, wpisanej z imienia i nazwiska na wstępie tego formularza jako pełnomocnik, której umocowanie jako dalszego pełnomocnika wynika z pliku „3. pełnomocnictwo Radlak_GPP-6728-2022-P.pdf” oraz pliku „3a. pełnomocnictwo Wójcika_PZP_(GPP-5755-2022-P)_30.04.22_(CP).A”. Przy czym ten ostatni zawiera pełnomocnictwo udzielone przez wskazanych z imienia i nazwiska prezesa zarządu i członkini zarządu Orange Polska S.A., którzy zostali w tym charakterze oraz jako łącznie uprawnieni do reprezentacji ujawnieni w treści również załączonej (w pliku „4. KRS OPL”) informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców.

Wskazana w przywołanym powyżej zdaniu z odwołania data zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty została potwierdzona przez Zamawiającego w ramach odpowiedzi na standardowo kierowane przez Prezesa Izby wezwanie do podania m.in. sposobu i terminu przesłania informacji o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania.

Na podstawie powyżej wymienionych i omówionych dokumentów ani Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, ani następnie skład orzekający nie dopatrzyli się niezachowania braków formalnych, w tym braku pełnomocnictwa lub dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentacji Odwołującego, o których mowa w art. 518 ust. 1 ustawy pzp, nadając odwołaniu dalszy bieg jako wniesionemu przez Orange Polska S.A.

Nie było zatem potrzeby ani otwierania, ani tym bardziej analizy zawartości pliku „Zawiadomienie o wyborze oferty.pdf”, ani pliku „3b. Konsorcjant dla OPL_PRONAL _pełnomocnictwo”.

Odwołujący nie mógł sobie nie zdawać sobie z takiego stanu rzeczy sprawy w sytuacji, gdy potwierdził otrzymanie zawiadomienia o wyznaczonym na 2 lipca 2024 r. posiedzeniu, na którym zostanie rozpoznane niniejsze odwołanie wniesione przez Odwołującego, którym jest: Orange Polska S.A.

Przed wszystkim niezależnie od tego, jakby się miały fakty co do samodzielnego lub wspólnie z innym wykonawcą złożenia oferty oraz umocowania do działania również w imieniu i na rzecz tego wykonawcy, przesądzające znaczenie ma ujawniona jednoznacznie w powyżej opisany sposób wola wniesienia odwołania wyłącznie w imieniu i na rzecz Orange Polska S.A. jako „Odwołującego” właśnie.

Do takiego wniosku prowadzi paradoksalnie spontaniczna argumentacja pełnomocnika Odwołującego na posiedzeniu, zgodnie z którą dla stwierdzenia wniesienia odwołania przez podmiot uprawniony konieczne i wystarczające jest, że Orange Polska S.A. jest jednym z dwóch wykonawców, którzy złożyli wspólnie ofertę.

Tym niemniej dopiero na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego, po tym jak ów nowy pełnomocnik, który stał się w imieniu Orange Polska S.A., złożył oprócz pełnomocnictwa udzielonego przez osoby uprawnione do reprezentacji Odwołującego również pełnomocnictwo udzielone przez wskazane z imienia i nazwiska osoby, powołujące się w jego treści na to, że są prezesem i wiceprezesem zarządu Pronal Smartmetering24 sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w

Szczecinie (przy czym do zamknięcia posiedzenia nie została złożona informacja z KRS, która by to potwierdzała), okazało się, że oferta została złożona wspólnie przez obie te spółki, co ma kluczowe znaczenie w niniejszej sprawie.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 528 pkt 2 ustawy pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Ponieważ identyczne uregulowanie zawierała w art. 189 ust. 2 pkt 2 [obowiązującym od 29 stycznia 2010 r., z tym że w pierwotnym stanie prawnym art. 187 ust. 4 pkt 4 zawierał analogiczne uregulowanie adresowane do zespołu arbitrów i obejmujące również odrzucenie protestu wnoszonego do zamawiającego] poprzednio obowiązująca Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej zwana: „popzp”}, w pełni zachował aktualność wypracowany w tej mierze dorobek orzecznictwa.

Jednym z przypadków wypełnienia się hipotezy powyżej przywołanej normy, czyli wniesienia odwołania przez podmiot nieuprawniony, jest właśnie sytuacja, w której odwołanie nie zostało wniesione przez wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia i złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertę. Jak to trafnie wywiedziono już w postanowieniu zespołu arbitrów z 30 czerwca 2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1579/05, wniesienie odwołania jest bowiem łącznym uprawnieniem konsorcjantów. Z kolei w uzasadnieniu postanowienia z 6 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1129/11 Izba podkreśliła, że 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 oceniła jako stanowisko utrwalone w orzecznictwie Izby oraz zgodne z poglądami doktryny. Podobnie Izba wypowiedziała się w uzasadnieniu postanowienia z 4 listopada 2011 r. sygn. akt KIO 2276/11.

Powyższe stanowisko rzeczywiście jest podzielane w doktrynie: *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].

Taki pogląd znalazł również akceptację w orzecznictwie drugiej instancji, przykładowo w uzasadnieniu postanowienia z 8 maja 2015 r. sygn. akt IV Ca 168/15 Sąd Okręgowy w Słupsku wywiódł w szczególności, co następuje: *Podmiotem nieuprawnionym będzie w szczególności jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wnoszący odwołanie bez umocowania udzielonego przez pozostałych wykonawców lub jedynie we własnym imieniu. W postanowieniu z dnia 4 listopada 2011 r., KIO 2276/11, LEX nr 1027244,(...) stwierdziła, że „w przypadku, gdy ofertę składają podmioty występujące wspólnie, to im wszystkim razem, a nie każdemu z osobna, przysługują środki ochrony prawnej określone w ustawie” (vide: Komentarz do art. 189 Prawa zamówień publicznych pod red. J. Jerzykowskiego, w: LexOmega).*

Przy czym w uzasadnieniach postanowień wydanych: 31 grudnia 2014 r. sygn. akt KIO 2697/24 i 7 lutego 2017 r. sygn. akt 201/17, 15 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 567/19, 10 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1493/20, 23 listopada 2020 r. sygn. akt KIO 2896/20 Izba uznała za kluczowe, że nawet w sytuacji, gdy odwołujący był uprawniony do wniesienia środków ochrony prawnej w imieniu konsorcjum, kluczowe znaczenie ma niemożność wyprowadzenia z treści odwołania – nawet przy najbardziej liberalnej (czytaj: przychylniej dla składającego oświadczenie woli) interpretacji – wniosku, że odwołanie jest składane w imieniu konsorcjum biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Na szczególną uwagę w kontekście poczynionych w niniejszej sprawie szczegółowych ustaleń zasługuje postanowienie wydane przez Izbę w składzie trzyosobowym 7 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 176/13, gdzie w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Izby do uzupełnienia braku formalnego zostało przedłożone pełnomocnictwo dla osoby, która podpisała odwołanie, udzielone przez obie spółki z o.o., które wspólnie złożyły ofertę. *Jednakże, zdaniem Izby, żadna z okoliczności w niniejszej sprawie nie pozwala uznać, że odwołanie zostało wniesione w imieniu i na rzecz obu wymienionych w jego treści wykonawców. Jako strona odwołująca – wbrew treści pełnomocnictwa – został wskazany bowiem tylko i wyłącznie W. sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Również w treści odwołania – jak podniósł Zamawiający – nie zostało przywołane uczestnictwo w procedurze odwoławczej drugiego z wykonawców – I. sp. z o.o. Także załączone do odwołania dokumenty (np. dowód uiszczenia wpisu od odwołania) nie wskazują na wniesienie odwołania zarówno przez wykonawcę W. jak i wykonawcę I. sp. z o.o. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie KIO, status wykonawcy, w tym przypadku wykonawcy wnoszącego odwołanie, uzyskują łącznie wszyscy wykonawcy ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego i tylko tak oznaczony odwołujący uprawniony jest do skorzystania ze środków ochrony prawnej, a ta okoliczność powinna bezspornie wynikać z odwołania.*

Stąd w powyżej ustalonych okolicznościach należy stwierdzić, że wypełniła się hipoteza normy wynikającej z art. 528 pkt 2 ustawy pzp, co obligowało Izbę do zastosowania dyspozycji tej normy nakazującej odrzucenie odwołania.

Skoro według art. 530 ustawy pzp w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, Izba kieruje sprawę na rozprawę, a *contrario*, jeżeli zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, co do zasady sprawa powinna zostać zakończona bez przeprowadzania rozprawy, czyli na posiedzeniu.

Z uwagi na powyższe Izba orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kosztów dojazdu w związku z wyznaczonym posiedzeniem, potwierdzone złożonym spisem kosztów wraz z fakturą, orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 8 ust. 1 i § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b, d 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. poz. 2437) – obciążając nimi Odwołującego.