Sygn. akt: KIO 2635/14

POSTANOWIENIE
z dnia 22 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania w dniu 22 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2014 r. przez wykonawcę: **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej – Rzeszów Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Gen. Władysława Sikorskiego 428, 35-304 Rzeszów,**
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę Krasne, Krasne 121, 36- 007 Krasne,**

przy udziale - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
1) Remondis KROeko Sp. z o. o. z siedzibą w Krośnie, ul. Fredry 1, 38-400 Krosno oraz 2) Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjno-Usługowe „Zagroda'' Sp. z o. o. z siedzibą w Strzyżowie, ul. 1-go Maja 38B, 38-100 Strzyżów, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej – Rzeszów Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie,** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy),** uiszczoną przez wykonawcę: **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej – Rzeszów Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący: ……..……..

Sygn. akt: KIO 2635/14

Uzasadnienie

Gmina Krasne [zwana dalej: „Zamawiającym"] prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Krasne pochodzących z nieruchomości zamieszkałych w 2015 roku.*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 sierpnia 2014 roku pod numerem 2014/S 164-293698.

W dniu 2 grudnia 2014 roku Zamawiający przesłał wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 12 grudnia 2014 roku Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej –

Rzeszów Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie [zwane dalej: „Odwołującym”] wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - w formie pisemnej - odwołanie od czynności Zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej, podjętych w postępowaniu, o którym mowa powyżej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1) naruszenie art. 24 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy - Produkcja Handel i Usługi „Ekomax” K. J. i zaniechanie uznania za odrzuconą oferty tego wykonawcy pomimo, iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania z powodu nie wykazania posiadania niezbędnego potencjału technicznego stanowiącego warunek udziału w postępowaniu zastrzeżony przez Zamawiającego w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;

2) naruszenie art. 24 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum wykonawców: REMONDIS

KROeko Sp. z o. o. i P.H.P.U. ZAGRODA Sp. z o. o. i zaniechanie uznania za odrzuconą oferty tych wykonawców pomimo, iż podlegają oni wykluczeniu z postępowania z powodu nie wykazania posiadania przez tych wykonawców niezbędnego potencjału technicznego stanowiącego warunek udziału w postępowaniu zastrzeżony przez Zamawiającego w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;

3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum REMONDIS KROeko Sp. z o. o. i P.H.P.U. ZAGRODA Sp. z o.o. pomimo, iż ich oferta nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- dokonania ponownej oceny ofert;
- wykluczenia z postępowania wykonawcy Produkcja Handel i Usługi „ Ekomax” K. J. i odrzucenia jego oferty;
- wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum REMONDIS KROeko Sp. z o. o. i P.H.P.U. ZAGRODA Sp. z o. o. oraz odrzucenia ich oferty;
- ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłanej Izbie przez Zamawiającego w dniu 19 grudnia 2014 roku w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj. w szczególności formularze ofert złożone przez wykonawców oraz informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: 1) Remondis KROeko Sp. z o. o. z siedzibą w Krośnie oraz 2) Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjno-Usługowe „Zagroda” Sp. z o. o. z siedzibą w Strzyżowie, którzy w dniu 18 grudnia 2014 roku, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o odrzucenie odwołania, ewentualnie o oddalenie odwołania.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą*

ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 12 grudnia 2014 roku przekazał wykonawcom zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią tradycyjną drogą pocztową (dowód nadania w dokumentacji postępowania). W dniu 22 grudnia 2014 roku, w uzupełnieniu dokumentacji postępowania, Zamawiający przesłał do Izby kopię dowodu potwierdzającego doręczenie zawiadomienia o wniesieniu odwołania wykonawcom zgłaszającym przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 15 grudnia 2014 roku (na adres lidera konsorcjum – wykonawcy: Remondis KROeko Sp. z o. o.). Ponadto, Zamawiający w dniu 15 grudnia 2014 roku przesłał zawiadomienie o wniesieniu odwołania do zgłaszającego przystąpienie także za pośrednictwem poczty elektronicznej, co wynika z korespondencji e-mailowej załączonej do pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia.

Pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało w formie pisemnej Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, tj. w dniu 18 grudnia 2014 roku, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej Strony oraz załączył do przystąpienia dowody przesłania Stronom kopii zgłoszenia przystąpienia.

Następnie Izba ustaliła, że w ustalonym w przedmiotowej sprawie stanie faktycznym zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, co stanowi jednocześnie negatywną przesłankę procesową, uniemożliwiającą rozpoznanie odwołania co do meritum.

Zgodnie bowiem z treścią art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi,* że *odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony*. Z kolei zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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.*

Art. 2 pkt 11) ustawy Pzp zawiera legalną definicję wykonawcy stanowiąc, że *Ilekroć w ustawie jest mowa o: wykonawcy - należy przez to 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.* Jednocześnie, na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, *Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.*

Odwołanie w niniejszej sprawie złożyło Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej – Rzeszów Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie. Z treści odwołania wynika, że zostało ono złożone tylko i wyłącznie w imieniu tegoż wykonawcy. Powyższe wynika zarówno z oznaczenia „Odwołującego **się"** na pierwszej stronie odwołania jako: **„Miejskie *Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej - Rzeszów Sp. z o.o.,*** *Al. gen. Wł. Sikorskiego 428, 35-304 Rzeszów, reprezentowana przez . S. z Kancelarii Radców Prawnych Stócker, K. i Wspólnicy Sp.k., ul. Twardowskiego 9, 35-302 Rzeszów, Tel/faks: (17) 85 29 680, faks: (17) 86 25 754",* jak i bezpośrednio ze sformułowania zawartego na pierwszej stronie odwołania: *„Na podstawie art. 179 ust 1, 180 ust. 4 i art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy prawo zamówień publicznych (tekst jednolity z dnia 8 sierpnia 2013 r. Dz. U. poz. 907 z późn. zm), zwanej dalej PZP,* ***imieniem Odwołującego się Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej - Rzeszów Sp. z o.o.*** *składam odwołanie od czynności Zamawiającego Gminy Krasne związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej (…)".* W żadnym miejscu odwołania nie ma odniesienia się do faktu uczestnictwa Odwołującego w konsorcjum. Ponadto, do odwołania zostało załączone pełnomocnictwo dla radcy prawnego – Pani A. C., która podpisała odwołanie. Z treści tego pełnomocnictwa wynika umocowanie wyłącznie do reprezentowania Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej - Rzeszów Sp. z o. o. Do odwołania załączono jedynie dokument rejestrowy Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej - Rzeszów Sp. z o. o. (wydruk z Centralnej Informacji KRS z dnia 10.12.2014 r.), a na dowodzie uiszczenia wpisu od odwołania jako tytuł operacji widnieje:

„WPIS OD ODWOŁANIA MPGK RZESZÓW”.

Tymczasem, z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłanej Izbie przez Zamawiającego w dniu 19 grudnia 2014 roku w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, wynika, że Odwołujący się - Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej - Rzeszów Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu nie występując samodzielnie, lecz wspólnie z innymi wykonawcami ubiegając się o udzielenie zamówienia, tj. z Gminą Ostrów – Zakładem Usług Komunalnych w Ostrowie, Gminnym Zakładem Usług Komunalnych Sp. z o. o. z siedzibą w Ostrowie oraz „EURO-EKO” Sp. z o. o. z siedzibą w Mielcu.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że w sytuacji, gdy ofertę składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, (na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy Pzp), to im wszystkim łącznie, a nie każdemu z osobna, przysługują środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp [por. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1129/11; postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2276/11; postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 176/13].

Biorąc pod uwagę powyższe Izba ustaliła, że Odwołujący nie jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania, ponieważ powinien był wnieść odwołanie w imieniu wszystkich wykonawców, z którymi wspólnie ubiega się o udzielenie zamówienia, a nie samodzielnie, tylko i wyłącznie we własnym imieniu.

Reasumując, stwierdzić należy, że Odwołujący nie posiada statusu wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, co w konsekwencji oznacza, że nie jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środka ochrony prawnej, w postaci wniesienia odwołania.

Izba, działając na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, postanowiła odrzucić odwołanie.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p. oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a) oraz § 5 ust. 4 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……