

Sygn. akt KIO 2701/17

POSTANOWIENIE
z dnia 29 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 29 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2017 r. przez **R. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Arso Serwis” Przedsiębiorstwo Usługowe R. P.** (ul. Domańskiego 7/1, 71- 312 Szczecin) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Izbę Administracji Skarbowej w Rzeszowie** (ul. Geodetów 1, 35-959 Rzeszów)

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **R. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Arso Serwis” Przedsiębiorstwo Usługowe R. P.** (ul. Domańskiego 7/1, 71-312 Szczecin) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **R. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Arso Serwis” Przedsiębiorstwo Usługowe R. P.** (ul. Domańskiego 7/1, 71-312 Szczecin) tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dzierżawa i świadczenie kompleksowej obsługi serwisowej urządzeń wielofunkcyjnych wraz z dostawą i wdrożeniem Systemu Obsługi Wydruku dla Izby Administracji Skarbowej w Rzeszowie oraz podległych jednostek.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 października 2017 r. pod numerem 2017/S 204-421020. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579; dalej „Ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp.

W dniu 22 grudnia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez R. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Arso Serwis” Przedsiębiorstwo Usługowe R. P. (dalej jako „Odwołujący”) na następujące czynności i zaniechania Zamawiającego:

1. niezgodną z Ustawą Pzp czynność polegającą na zamieszczeniu w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postanowień określających przedmiot zamówienia w sposób pozwalający spełnić wymagania techniczne SIWZ tylko konkretnym, ściśle określonym wyrobom jednego producenta, a zatem w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez uprzywilejowanie pozycji jednego z potencjalnych wykonawców;
2. niezgodne z Ustawą Pzp zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konika Minolta Business Solutions Sp. z o.o., wobec tego, że ten wykonawca lub jego pracownik brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, a także wobec tego, że ten wykonawca lub osoba uprawniona do jego reprezentacji pozostają z Zamawiającym lub osobami uprawnionymi do reprezentacji Zamawiającego w takim stosunku faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób;
3. niezgodne z Ustawą Pzp zaniechanie przez Zamawiającego wykonania obowiązku udzielenia wyjaśnień, pomimo, że wniosek o wyjaśnienie wpłynął od Odwołującego do Zamawiającego w wymaganym terminie;
4. niezgodne z Ustawą Pzp zaniechanie przez Zamawiającego obowiązku zamieszczenia na stronie internetowej treści zapytań wraz z wyjaśnieniami;

5. niezgodną z Ustawą Pzp czynność Zamawiającego polegającą na dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę - Konika Minolta Business Solutions Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania, tj.:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Ustawy Pzp poprzez zamieszczenie w Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia postanowień określających przedmiot zamówienia w sposób pozwalający spełnić wymagania techniczne SIWZ tylko konkretnym, ściśle określonym wyrobom jednego producenta, a zatem w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez uprzywilejowanie pozycji jednego z potencjalnych wykonawców,
2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 3 lit. a) i b) Ustawy Pzp w związku z art. 17 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy Konika Minolta Business Solutions Sp. z o.o., wobec tego, że ten wykonawca lub jego pracownik brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, a także wobec tego, że ten wykonawca lub osoba uprawniona do jego reprezentacji pozostają z Zamawiającym lub osobami uprawnionymi do reprezentacji Zamawiającego w stosunku faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób,
3. naruszenie art. 38 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykonania obowiązku udzielenia wyjaśnień, pomimo, że wniosek o wyjaśnienie wpłynął do Zamawiającego w wymaganym terminie;
4. naruszenie art. 38 ust. 2 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego obowiązku zamieszczenia na stronie internetowej treści zapytań wraz z wyjaśnieniami.

Ze względu na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie wykonawcy Konika Minolta Business Solutions Sp. z o.o., nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia postępowania z uwzględnieniem modyfikacji treści SIWZ w sposób usuwający niezgodności kwestionowanych zapisów z Ustawą, zgodnie z żądaniami zawartymi w treści uzasadnienia odwołania, a z ostrożności - unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy, ponieważ postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego wynikającej z zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności z naruszeniem przepisów Ustawy, które ma wpływ na wynik postępowania. Odwołujący wniósł ponadto o przeprowadzenie dowodów zgłoszonych w treści odwołania oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 15.000 zł stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Odwołujący wskazał, iż uzyskał status wykonawcy na etapie postępowania przed składaniem ofert w efekcie zgłoszenia Zamawiającemu szeregu wniosków i pytań. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący powołał jako dowód pytania zgłoszone przez Odwołującego za pośrednictwem poczty elektronicznej 25 października 2017 r. oraz 15 listopada 2017 r., wyjaśnienia Zamawiającego do SIWZ - z dnia 10 listopada 2017 r. oraz 23 listopada 2017 r. oraz wnioś o przesłuchanie w charakterze strony R. P. . Odwołujący oświadczył ponadto, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mógł złożyć skuteczną ofertę i uzyskać zamówienie - jest podmiotem o potencjale i możliwościach umożliwiających mu realizację przedmiotu zamówienia. Wskazane naruszenia przepisów postępowania uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty oraz prawidłową kalkulację w przedmiotowym postępowaniu oraz stawiają w niekorzystnej pozycji konkurencyjnej względem innego wykonawcy, a tym samym powodują możliwość powstania szkody po stronie Odwołującego, poprzez niemożność pozyskania zamówienia. Odwołujący wskazał także, iż posiada wieloletnie doświadczenie w zakresie objętym przedmiotem zamówienia i od wielu lat obsługuje Zamawiającego w zakresie zbieżnym do przedmiotu zamówienia. Jest jednocześnie w stanie zaoferować urządzeniu pięciu wiodących w Polsce koncernów - producentów urządzeń mogących zabezpieczyć potrzeby, które będą realizowane w ramach zamówienia.

Izba ustaliła, że ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, w każdej z dwóch części zamówienia, zostały złożone oferty dwóch wykonawców: Konica Minolta Business Solutions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz PRINTNONSTOP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Lublinie. Odwołujący nie złożył oferty w żadnej z części postępowania o udzielenie zamówienia. W obu częściach zamówienia Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, o czym poinformował wykonawców w dniu 13 grudnia 2017 r.

Krajowa izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W ocenie Izby odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Ustawy Pzp, w świetle którego Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Zgodnie z art. 179 Ustawy Pzp, środki ochrony prawnej określone w ustawie Prawo zamówień publicznych, w tym odwołanie, 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, z tym zastrzeżeniem, że wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji

istotnych warunków zamówienia przysługują one również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 Ustawy Pzp. Tym samym 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 podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 2 pkt 11 Ustawy Pzp, przez wykonawcę 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. Jak wynika z treści tego przepisu, status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. W odniesieniu do przetargu nieograniczonego rozróżnić zatem należy w szczególności etap postępowania mający miejsce przed upływem terminu składania ofert, kiedy to status wykonawcy posiadać może w zasadzie każdy podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia, od etapu następującego po upływie terminu składania ofert, kiedy status wykonawcy przysługuje podmiotom, które złożyły ofertę w postępowaniu. Oznacza to, że podmiot, który zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ czy nawet wniósł odwołanie wobec postanowień SIWZ, ale finalnie oferty nie złożył, po upływie terminu składania ofert traci status wykonawcy w tym konkretnym postępowaniu.

W konsekwencji, w przypadku czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu uprawnienie do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania, przysługuje tym podmiotom, które w postępowaniu złożyły ofertę, tylko one posiadają bowiem status wykonawcy na tym etapie postępowania. Podmiot, który nie jest wykonawcą na etapie postępowania, którego dotyczy odwołanie, a więc który nie spełnia przesłanki określonej w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp w ocenie Izby jest podmiotem nieuprawnionym, o którym mowa w art. 189 ust. 2 pkt 2 Ustawy Pzp. Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie wskazuje się, iż podmiot nieuprawniony w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2 Ustawy Pzp jest podmiotem nie będącym wykonawcą, uczestnikiem postępowania, czy inną osobą posiadającą interes w uzyskaniu zamówienia i mogącą ponieść szkodę np. podmiot, który nie złożył oferty lub członek konsorcjum działający w imieniu własnym, osoba nie upoważniona do reprezentacji wykonawcy czy podwykonawca, a zatem wszystkie te podmioty, które nie mieszczą się w pojęciu katalogu osób uprawnionych do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 Ustawy Pzp (por. m.in. wyrok KIO z 5 września 2016 r., sygn. akt KIO 1556/16).

Odwołujący w treści odwołania wskazał, iż uzyskał status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu na etapie postępowania przed składaniem ofert w efekcie zgłoszenia

Zamawiającemu szeregu wniosków i pytań odnośnie treści SIWZ. Odwołujący nie złożył jednak oferty w przedmiotowym postępowaniu, w żadnej z jego części, co wynika wprost z treści odwołania. Dlatego też w ocenie Izby Odwołujący decydując się na niezłożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu, pozbawił się statusu wykonawcy w kolejnych etapach postępowania, przypadających już po upływie terminu składania ofert, a zatem nie przysługuje mu uprawnienie do wniesienia odwołania na obecnym jego etapie, po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione przez podmiot do tej czynności nieuprawniony, wobec czego mając na względzie treść art. 189 ust. 2 pkt 2 Ustawy Pzp, koniecznym było odrzucenie odwołania.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. 1 Ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym. W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 ze zm.). W myśl powołanych przepisów, w przypadku odrzucenia odwołania, odwołującego obciąża się całością kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp (por. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Przewodniczący: