

Sygn. akt: KIO 495/16

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 18 kwietnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Kisiel**

**Protokolant: Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 18 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Firmę Handlowo-Uslugową INSTBUD S.B. Sp. J., Nieznanowice 50, 32-420 Gdów** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiatowy Zarząd Dróg w Nowym Targu, ul. Szpitalna 14, 34-400 Nowy Targ**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Wikar Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Sp. z o.o., Łososina Dolna 108, 33-314 Łososina Dolna** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. odrzucić odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **Firmę Handlowo-Uslugową INSTBUD S.B. Sp. J. Nieznanowice 50, 32-420 Gdów** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł** (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez **Firmę Handlowo-Uslugową INSTBUD S.B. Sp. J. Nieznanowice 50, 32-420 Gdów** 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 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie -

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Powiatowy Zarząd Dróg w Nowym Targu, ul. Szpitalna 14, 34-400 Nowy Targ - prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbudowa drogi powiatowej nr 1636K Krościenko - Szczawnica w miejscowościach Szczawnica i Szlachtowa w km 7+050,00-7+727,15, 8+265,11-8+692,00 oraz 9+233,00-9+865,00”.

W dniu 30 marca 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu m.in. o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia jako konsorcjum firm: Firmę Handlowo-Usługową INSTBUD S.B. Sp. J. oraz Insbud Sp. z o.o., Nieznanowice 50, 32-420 Gdów.

Powyższa czynność została zaskarżona odwołaniem wniesionym w dniu 4 kwietnia 2016 r., przez Firmę Handlowo-Usługową INSTBUD S.B. Sp. J., Nieznanowice 50, 32-420 Gdów. (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania w konsekwencji nie dokonania poprawy jego oferty w zakresie wynikającym z art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp,;
2. art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy w związku z nie podaniem czynności faktycznych i prawnych, stanowiących podstawę odrzucenia oferty Odwołującego;
3. art. 7 ust. 1 ustawy, w związku z przeprowadzeniem postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
4. art. 7 ust. 2 Pzp w związku z nie przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia w sprzeczności z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych;
5. art. 7 ust. 3 Pzp w związku z dokonaniem wyboru wykonawcy, wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, z naruszeniem wszystkich podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych;
6. art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, przez nie dokonanie obowiązkowej poprawy, z mocy ustawy, o czym mowa w pkt. 1 wskazanych zarzutów, w odniesieniu do poprawy innych omyłek, polegających na stwierdzeniu niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”, „specyfikacja”), niepowodujących istotnych zmian w treści złożonej oferty, w sposób powodujący jakichkolwiek negocjacji na linii zamawiający – wykonawca;

7. art. 91 ust. 1 w związku z niedokonaniem wyboru oferty na podstawie kryteriów oceny ofert, przyjętych w specyfikacji.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- unieważnienie dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- przeprowadzenia ponownego badania ofert, w uwzględnieniu oferty Odwołującego,
- dokonanie poprawy oferty Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp
- uznanie oferty Odwołującego za prawidłową i zgodną z wszystkimi postanowieniami siwz i warunkami postępowania,
- uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą zgodnie z siwz,
- obciążenie Zamawiającego wszystkimi kosztami postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Wikar Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Sp. z o.o., Łososina Dolna 108, 33-314 Łososina Dolna (dalej: „Przystępujący”). Izba, wobec spełnienia przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła Przystępującego do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp stwierdzając, że zostało ono wniesione przez podmiot, który nie posiadał statusu wykonawcy w postępowaniu. Zwrócił uwagę, że Odwołujący ubiegał się o udzielenie zamówienia wspólnie z wykonawcą Insbud Sp. z o.o., podczas gdy odwołanie wniósł działając we własnym imieniu i na swoją rzecz.

Przystępujący podzielił stanowisko Zamawiającego wnosząc o odrzucenie odwołanie.

Odwołujący wniósł o oddalenie ww. wniosków, zgłoszonych przez Zamawiającego i Przystępującego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

W ramach prowadzonego postępowania oferta została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: Firma Handlowo – Usługowa INSTBUD S.B. Spółka Jawna, Nieznanowice 50, 32 – 420 Gdów oraz Insbud Sp.

z o.o., Nieznanowice 50, 32 – 420 Gdów. Powyższe zostało potwierdzone przez Odwołującego w toku posiedzenia Izby z udziałem stron.

Jak już stwierdzono powyżej odwołanie zostało wniesione w dniu 4 kwietnia 2016 r. jedynie przez wykonawcę Firma Handlowo – Usługowa INSTBUD S.B. Spółka Jawna. W treści odwołania podano m. in. „Niniejszym FHU INSTBUD S.B. Sp. j. działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (...) wnosi odwołanie (...)”; „W wyniku zapoznania się z treścią zawiadomienia o wyborze oferty i Odrzuceniu odwołującego – FHU INSTBUD ustalił (...)”.

Odwołanie zostało wniesione w formie elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym złożonym przez Panią B.M.P., weryfikowany za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Do odwołania załączony został dokument pełnomocnictwa dnia 31 marca 2016 r. udzielonego Pani B.P., które obejmowało m. in. umocowanie do występowania w całym postępowaniu przetargowym wraz z ewentualnym postępowaniem odwoławczym. Pełnomocnictwo zostało udzielone przez wykonawcę: Firma Handlowo – Usługowa INSTBUD S.B. Spółka Jawna. W jego treści podano „Działając w imieniu i na rzecz Firma Handlowo – Usługowa INSTBUD S.B. Spółka Jawna (...)”. Wraz z odwołaniem złożono również załącznik nr 1 do umowy Konsorcjum z dnia 4 marca 2016 r. W jego treści podano m. in. „Instbud Sp. z o.o. oraz firma DRACO w związku z wspólnym ubieganiem się z Firmą Handlowo – Usługowa INSTBUD S.B. Spółka Jawna o zamówienie publiczne w przetargu nieograniczonym na przebudowę ciągu dróg gminnych „Rozbudowa drogi powiatowej nr 1677K Zubrzyca Górna – Sidzina - Bystra-Łętowania w miejscowości Zubrzyca Górna w km 0 + 000 – 3 + 45 oświadczamy, że jako lidera Konsorcjum (Partnera Wiodącego) wskazujemy Firmą Handlowo – Usługowa INSTBUD S.B. Spółka Jawna, Nieznanowice 50, 32-420 Gdów”.

W ustalonym stanie faktycznym Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z przepisem art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp Izba odrzuca odwołanie jeżeli zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony. Sytuacja taka zachodzi, gdy podmiot wnoszący odwołanie nie posiada statusu wykonawcy w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 11 Pzp. Obejmuje ona również przypadki, w których odwołanie jest wnoszone tylko przez niektórych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wówczas status wykonawcy przysługuje tylko łącznie wszystkim podmiotom.

W rozpoznawanym stanie faktycznym odwołanie zostało wniesione w imieniu i na rzecz tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to jest Firmy Handlowo – Usługowej INSTBUD S.B. Spółka Jawna. Stwierdzić należy, że w związku z tym

nie zachodzi tożsamość pomiędzy podmiotem składającym ofertę w ramach prowadzonego postępowania, a stroną postępowania odwoławczego, co w ocenie Izby uzasadnia odrzucenie odwołania.

Izba wskazuje również, że zarówno w treści odwołania, a także w treści złożonych wraz z nim dokumentów brak jest jakiegokolwiek informacji, która pozwoliłaby przypuszczać, że Firma Handlowo – Usługowa INSTBUD S.B. Spółka Jawna, wnosząc odwołanie działał jako pełnomocnik powołanego powyżej Konsorcjum. Analiza całokształtu dokumentacji w ramach rozpoznawanego postępowania prowadzi do wręcz przeciwnych wniosków, bowiem już treść pełnomocnictwa z dnia 31 marca 2016 r. wprost wskazuje, że Odwołujący działał li tylko we własnym imieniu i na swoją rzecz. Powyższe stanowisko Odwołujący konsekwentnie zaprezentował również w treści odwołania, gdzie sprecyzował, że: „Niniejszym FHU INSTBUD S.B. Sp. j. działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (...) wnosi odwołanie (...)”; „W wyniku zapoznania się z treścią zawiadomienia o wyborze oferty i Odrzuceniu odwołującego – FHU INSTBUD ustalił (...)”. Tym samym nie budzi, żadnych wątpliwości Izby, że wykonawca Firma Handlowo – Usługowa INSTBUD S.B. Spółka Jawna złożył odwołanie działając tylko we własnym imieniu. Tym samym po stronie ww. wykonawcy brak jest legitymacji czynnej do skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

Bez znaczenia dla rozpoznawanej kwestii jest „oświadczenie uczestników konsorcjum” z dnia 4 marca 2016 r. , stanowiące załącznik nr 1 do umowy konsorcjum, gdyż z jego treści wynika, że nie dotyczy ono prowadzonego postępowania przetargowego, bowiem inny jest w nim katalog podmiotów ubiegających się o zamówienie, a przede wszystkim inna jest nazwa postępowania w ramach, którego złożono oświadczenie.

Izba stwierdziła, że argumentacja Odwołującego prezentowana przed Izba pozostaje wręcz w sprzeczności z treścią ww. dokumentów, które konsekwentnie wskazują, że Odwołującym jest wyłącznie jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W przedmiotowej sprawie dokonano w istocie wadliwego oznaczenia strony postępowania odwoławczego, które to uchybienie nie podlega konwalidacji.

Jedynie dodatkowo Izba wyjaśnia, że z odwołania i załączonych do niego dokumentów powinno jasno wynikać kto jest stroną postępowania odwoławczego i przez kogo (oraz na jakiej podstawie) jest reprezentowany. W tym kontekście nie zachodziła nawet podstawa do wezwania o uzupełnianie dokumentu pełnomocnictwa, ponieważ udzielone zostało ono przez podmiot, który wniósł odwołanie, co nie zmienia faktu, że nie był on podmiotem posiadającym status wykonawcy w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 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.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....