

Sygn. akt: KIO 1247/22

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 26 maja 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 26 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2022 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usługowe SED-HUT S.A. z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Muzeum Historii Fotografii im. Walerego Rzewuskiego w Krakowie z siedzibą w Krakowie**

**postanawia:**

1. **odrzuca odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usługowe SED-HUT S.A. z siedzibą w Krakowie, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usługowe SED-HUT S.A. z siedzibą w Krakowie, tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

## UZASADNIENIE

**Muzeum Historii Fotografii im. Walerego Rzewuskiego w Krakowie z siedzibą w Krakowie** (dalej: „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp” pn. „Świadczenie usługi ochrony osób i mienia na rzecz Muzeum Historii Fotografii im. Walerego Rzewuskiego w Krakowie w odniesieniu do trzech części przedmiotu zamówienia”; numer referencyjny: DA.260.2.2022 (dalej „postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 marca 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00104050/01.

Zamawiający pismem z 4 maja 2022 r. przesłał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W dniu 9 maja 2022 r. wykonawca: **Przedsiębiorstwo Usługowe SED-HUT S.A. z siedzibą w Krakowie** (dalej: „SED-HUT”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu, polegającej na nieusprawiedliwionym odrzuceniu oferty odwołującego, wykluczeniu go z postępowania i wyborze innej oferty.

W odwołaniu SED-HUT zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 359 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1-3 ustawy Pzp poprzez: naruszające zasady proporcjonalności, przejrzystości i równego traktowania nieuzasadnione przyjęcie, że odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania, a tym samym jego oferta podlegała odrzuceniu, co zasadzało się na bezpodstawnym zarzucie jakoby odwołujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów oraz jakoby odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: uchylenia czynności podjętej w postępowaniu w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty oraz uchylenia czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, a także nakazanie zamawiającemu dokonania oceny oferty odwołującego się zgodnie z kryteriami przedstawionymi w specyfikacji warunków zamówienia, jako niepodlegającej odrzuceniu i dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:**

Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie. Na podstawie akt postępowania odwoławczego Izba ustaliła, że odwołujący złożył zamawiającemu kopię odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia i terminowo uiszczył wpis od odwołania, w prawidłowej wysokości na właściwy rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Izba ustaliła, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi ochrony osób i mienia na rzecz Muzeum Historii Fotografii im. Walerego Rzewuskiego w Krakowie w odniesieniu do trzech części przedmiotu zamówienia” zamawiający wyznaczył termin otwarcia ofert w dniu 11 kwietnia 2022 r. Na podstawie akt sprawy ustalono również, że jedną z ofert złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usługowe SED-HUT S.A. - Lider konsorcjum i P.W. Karabela Sp. z o.o. - członek konsorcjum.

Izba stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę: SED-HUT. Z kolei ani z treści wniesionego odwołania, ani z załączonych do niego dokumentów nie wynika w sposób niebudzący wątpliwości, aby odwołanie zostało wniesione przez obydwu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, tj. przez odwołującego, jak też przez spółkę P.W. Karabela Sp. z o.o.

Zamawiający, działając na podstawie art. 524 ustawy Pzp poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Żaden wykonawca nie zgłosił swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania w oparciu o przesłankę opisaną w art. 528 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp, ewentualnie w przypadku, gdyby Izba nie przychyliła się do powyższego wniosku - wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

**Izba stwierdziła, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony**

Izba wskazuje, że krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej wyznacza przepis art. 505 ustawy Pzp, zaliczając do niego wykonawcę, uczestnika konkursu, a także inny podmiot, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z tym zastrzeżeniem, że wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia przysługują one również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców.

Zgodnie z powyższym tylko podmioty wskazane w tym przepisie mogą zostać uznane za uprawnione do wniesienia odwołania, stąd a contrario podmioty niezaliczające się do tego kręgu muszą zostać uznane za nieuprawnione do wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do pojęcia „wykonawcy” definicja legalna zawarta jest w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp i w myśl tego przepisu wykonawcą to osoba fizyczna, prawna lub 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, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast kategoria „innych osób”, o której mowa w przepisie obejmuje, jak wskazuje się w orzecznictwie, potencjalnych wykonawców, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego - zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia, zapytanie o cenę (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. akt XII Ga 92/12).

Biorąc pod uwagę tak zakreślony krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania, Izba stwierdziła, iż odwołujący nie należy do żadnej z wyżej wymienionych kategorii. W szczególności odwołujący nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp. Wprawdzie spółka SED-HUT jest osobą prawną, to nie ona złożyła ofertę w niniejszym postępowaniu. Ofertę w niniejszym postępowaniu złożyli bowiem wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, działający w formie konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowe SED-HUT S.A. - Lider konsorcjum i P.W. Karabela Sp. z o.o. - członek konsorcjum. Powyższe wynika w szczególności z treści złożonej przez ww. wykonawców oferty, jak też z informacji z otwarcia ofert czy protokołu postępowania.

Izba przypomina, że w przypadku, gdy ofertę składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawcą, w myśl art. 58 ust. 5 ustawy Pzp, są podmioty wspólnie składające ofertę. Przepis ten bowiem nakazuje stosować do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego

odpowiednio przepisy o wykonawcy. W konsekwencji to wszystkim działającym łącznie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie publiczne - przysługuje także prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej. Prawo to nie przysługuje natomiast w takim przypadku podmiotom działającym samodzielnie, wchodzącym w skład konsorcjum.

Z kolei z treści złożonego odwołania, zarówno z oznaczenia odwołującego, jak też z petitum wniesionego odwołania, gdzie składający odwołanie stwierdza: „Przedsiębiorstwo Usługowe SED-HUT S.A. z siedzibą w Krakowie składa odwołanie od (...)” wynika, że odwołanie zostało złożone wyłącznie przez ten właśnie, wymieniony w odwołaniu podmiot.

Z żadnego natomiast z powołanych wyżej dokumentów nie wynika wola odwołującego do działania w imieniu i na rzecz drugiego z członków konsorcjum. Do odwołania nie załączono także jakichkolwiek dokumentów, z których można byłoby wywieść wolę działania odwołującego w imieniu innym niż własne.

Mając na uwadze powyższą argumentację, Izba stwierdziła, że odwołanie wniesione samodzielnie przez odwołującego SED-HUT należało ocenić jako odwołanie wniesione przez podmiot nieuprawniony, co wypełniło normę art. 528 pkt 2 ustawy Pzp i skutkowało koniecznością odrzucenia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz §8 ust. 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: .....