

POSTANOWIENIE
z dnia 3 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 3 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2021 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „TREX HAL” Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach**

przy udziale wykonawcy: **MMKa Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „TREX HAL” Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „TREX HAL” Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „TREX HAL” Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku na rzecz zamawiającego: Polskiej Grupy Górniczej S.A. z siedzibą w Katowicach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach (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. „Odbiór, transport oraz przetwarzanie odpadów wydobywczych poprzez ich wykorzystanie w pracach budowlanych na terenie byłego szybu VI KWK ROW Ruch Jankowice”; numer referencyjny: 482100703 (dalej „postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu sektorowym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 września 2021 r. pod numerem 2021/S 187-487643.

Zamawiający pismem z 13 grudnia 2021 r. dokonał wyboru, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty wykonawcy: **MMKa Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku** (dalej „MMKa”).

W dniu 20 grudnia 2021 r. wykonawca: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „TREX HAL” Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku** (dalej: „TREX HAL”) wniosła odwołanie od czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej.

W odwołaniu TREX HAL zarzuciła zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i niewykluczenie z postępowania spółki MMKa, pomimo iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej tj. dysponowania co najmniej 3 osobami uprawnionymi do wykonywania czynności na stanowisku manewrowego w uprawnieniach do rozładunku wagonów samowyładowczych;
2. ewentualnie naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania spółki MMKa i nieuznanie oferty ww. wykonawcy za odrzuconą, mimo iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania co najmniej 3 osobami uprawnionymi do wykonywania czynności na stanowisku manewrowego z uprawnieniami do rozładunku wagonów samowyładowczych, co miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego;

3. art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieodrzućenie oferty spółki MMKa, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia spółki MMKa i odrzucenia oferty ww. spółki.

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 w prawidłowej wysokości na właściwy rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Izba ustaliła, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór, transport oraz przetwarzanie odpadów wydobywczycych poprzez ich wykorzystanie w pracach budowlanych na terenie byłego szybu VI KWK ROW Ruch Jankowice” zamawiający wyznaczył termin otwarcia ofert w dniu 11 października 2021 r. Na podstawie akt sprawy ustalono również, że jedną z ofert złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum firm: PPUH "TREX HAL" sp. z o. o. - Lider konsorcjum i PHU "Remix-Sprzęt" Sp. z o. o. - członek konsorcjum.

Izba stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę: TREX HAL. 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 PHU „Remix-Sprzęt” Sp. z o. o.

Zamawiający, działając na podstawie art. 524 ustawy Pzp poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca: MMKa zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

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 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 TREX HAL 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: PPUH "TREX HAL" sp. z o. o. i PHU "Remix-Sprzęt" Sp. z o.o. 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: „Działając w imieniu Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „TREX HAL Sp. z o.o.” wynika, że odwołanie zostało złożone 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.

Z kolei z treści pełnomocnictwa, na które powoływał się odwołujący z 7 października 2021 r., załączonego do oferty złożonej przez konsorcjum: PPUH "TREX HAL" sp. z o. o. i PHU "Remix-Sprzęt" Sp. z o.o. wynika, że wykonawca PHU "Remix-Sprzęt" Sp. z o.o. udziela pełnomocnictwa spółce TREX HAL, jako liderowi konsorcjum a pełnomocnictwo to obejmuje następujące czynności: reprezentowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podpisanie oferty wraz z załącznikami oraz podpisanie umowy z zamawiającym w imieniu Konsorcjum w sprawie wykonania zamówienia a także reprezentowanie w trakcie realizacji zamówienia. Nie sposób zatem zgodzić się z odwołującym, że powyższe uprawniało TREX HAL również do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższą argumentację, Izba stwierdziła, że odwołanie wniesione samodzielnie przez odwołującego TREX HAL 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: