

POSTANOWIENIE

z dnia 27 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **27 marca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 marca 2017 r.** przez firmy:

- 1) **ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k. (lider), ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,**
- 2) **Impel Security Polska Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,**
- 3) **Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.K., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,**
- 4) **Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,**
- 5) **ITM Poland S.A., ul. Kostrzyńska 3, 65-127 Zielona Góra,**
- 6) **Usługowa Spółdzielnia „UNIWERSUM”, ul. Marcina Kasprzaka 24, 01-211 Warszawa,**
- 7) **Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o., ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa,**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa,** zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawcy:

- a) konsorcjum **Solid Security Sp. z o.o. (lider), ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa oraz Solid Sp. z o.o. ul. Tyniecka 18, 30-323 Kraków** - po stronie zamawiającego,
- b) **Ekotrade Sp. z o.o., ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa** - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Zalicza uiszczoną przez odwołującego - firmy: 1) **ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k. (lider), ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław;** 2) **Impel Security Polska Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław;** 3) **Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.K., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław;** 4) **Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław;** 5) **ITM Poland S.A., ul. Kostrzyńska 3, 65-127 Zielona Góra;** 6) **Usługowa Spółdzielnia „UNIWERSUM”, ul. Marcina Kasprzaka 24, 01-211 Warszawa;** 7) **Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o., ul. Dominikańska 33,**

02-738 Warszawa kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)
na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i 1265) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu ograniczonego pn. „Całodobowa ochrona fizyczna obiektów i mienia Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.” (Dz. Urz. UE z 28/12/2016 pod numerem 2016/S 2016/S 250-462310), w dniu 13 marca 2017 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez firmy:

- 1) ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k. (lider), ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
 - 2) Impel Security Polska Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
 - 3) Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.K., ul. Ślężna 118,53-111 Wrocław,
 - 4) Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118,53-111 Wrocław,
 - 5) ITM Poland S.A., ul Kostrzyńska 3, 65-127 Zielona Góra,
 - 6) Usługowa Spółdzielnia „UNIWERSUM”, ul. Marcina Kasprzaka 24, 01-211 Warszawa,
 - 7) Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o., ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa,
- w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołanie dotyczy postępowania, które zostało wszczęte w dniu 28.12.2016 r. i mają do niego zastosowanie przepisy, obowiązujące od daty wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Ustalona wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia drogą elektroniczną w dniu 3 marca 2017 r. o odrzuceniu oferty konsorcjum firm (w składzie odmiennym niż wnoszący odwołanie), na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem zamawiający, uznał że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W tym samym dniu wykonawcy zostali poinformowani o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum: 1) Solid Security Sp. z o.o. (lider) oraz Solid Sp. z o.o.

Odwołujący - firmy: 1) ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k. (lider); 2) Impel Security Polska Sp. z o.o.; 3) Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp. k.; 4) Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp.k.; 5) ITM Poland S.A.; 6) Usługowa Spółdzielnia „UNIWERSUM”; 7) Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o., wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: 1) Solid Security Sp. z o.o.(lider); 2) Solid Sp. z o.o.

2. zaniechaniu wezwania odwołującego do wyjaśnień w zakresie elementów złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp;
3. odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i 1265), dalej „ustawa Pzp”:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego i uznanie, że zaoferowana cena w pozycji C3, a więc i samo złożenie oferty, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie elementów złożonej przez odwołującego oferty, czego efektem było niezgodne z przepisami ustawy Pzp jej odrzucenie;
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty odwołującego, czego efektem było wybranie oferty konsorcjum Solid, która nie była najkorzystniejsza ekonomicznie;
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ich błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie, prowadzące do rażącego naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady uczciwej konkurencji prowadzącymi do odrzucenia oferty odwołującego;
5. oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie wyboru oferty konsorcjum Solid, jako najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej na podstawie przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 14 marca 2017 r. przesłane drogą elektroniczną, pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom złożył w dniu 17 marca 2017 r. - po stronie zamawiającego

- a. wykonawca wybrany - konsorcjum Solid Security Sp. z o.o. - (lider) oraz Solid Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który wnosił o oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru jego oferty,
- b. wykonawca Ekotrade Sp. z o.o. - po stronie zamawiającego.

Izba na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i zgłaszających uczestnictwo wykonawców ustaliła i zważyła, co następuje.

Wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu oraz ofertę złożyło konsorcjum firm:

- 1) ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k. (lider), ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 2) IPSP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 3) Impel Security Polska Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 4) Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.K., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 5) Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 6) ITM Poland S.A., ul. Kostrzyńska 3, 65-127 Zielona Góra,
- 7) Usługowa Spółdzielnia „UNIWERSUM”, ul. Marcina Kasprzaka 24, 01-211 Warszawa,
- 8) Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o., ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa,

Przedstawiony przez zamawiającego protokół postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie przetargu ograniczonego potwierdza, że wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu jest konsorcjum w wyżej wymienionym składzie.

Odwołanie natomiast zostało złożone przez następujące firmy:

- 1) ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 2) Impel Security Polska Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 3) Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.K., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 4) Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 5) ITM Poland S.A., ul. Kostrzyńska 3, 65-127 Zielona Góra,
- 6) Usługowa Spółdzielnia „UNIWERSUM”, ul. Marcina Kasprzaka 24, 01-211 Warszawa,
- 7) Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o., ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa.

Odwołanie zostało podpisane przez adwokata A. S. na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10.03.2017 r. wystawionego przez p. J. F., uprawniającego do reprezentowania konsorcjum następujących firm:

- 1) ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k. (lider), ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 2) IPSP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 3) Impel Security Polska Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 4) Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.K., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 5) Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 6) ITM Poland S.A., ul. Kostrzyńska 3, 65-127 Zielona Góra,
- 7) Usługowa Spółdzielnia „UNIWERSUM”, ul. Marcina Kasprzaka 24, 01-211 Warszawa,
- 8) Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o., ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa,

Z kolei złożone pełnomocnictwo dla p. J. F., z prawem wystawiania dalszych pełnomocnictw, uprawnia do reprezentowania następujących firm:

- 1) Impel Security Polska Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 2) Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.K., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,

- 3) IPSP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 4) ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 5) Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 6) ITM Poland S.A., ul. Kostrzyńska 3, 65-127 Zielona Góra.

Powyższe pełnomocnictwo nie uprawnia do reprezentowania firm:

- 7) Usługowa Spółdzielnia „UNIWERSUM”, ul. Marcina Kasprzaka 24, 01-211 Warszawa,
 - 8) Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o., ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa
- bez względu na to, że firma ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław została wyznaczona liderem konsorcjum uczestniczącego w postępowaniu przetargowym, gdyż nie zachodzi sytuacja opisana w rzeczonym pełnomocnictwie, że lider konsorcjum występuje samodzielnie. Nie zachodzi też sytuacja, że konsorcjum, które uczestniczy w niniejszym postępowaniu składa się z wszystkich ww. firm, lub tylko z niektórych z ww. firm, gdyż w skład konsorcjum uczestniczącego w przetargu wchodzi też inne podmioty, tj.:

- 7) Usługowa Spółdzielnia „UNIWERSUM”, ul. Marcina Kasprzaka 24, 01-211 Warszawa,
- 8) Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o., ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa.

Jak wynika z formularza ofertowego - wykonawcą (zbiorowym wspólnie ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie) w rozumieniu art. 23 ustawy Pzp jest konsorcjum w składzie:

- 1) ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k. (lider), ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 2) IPSP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 3) Impel Security Polska Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 4) Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.K., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 5) Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 6) ITM Poland S.A., ul. Kostrzyńska 3, 65-127 Zielona Góra,
- 7) Usługowa Spółdzielnia „UNIWERSUM”, ul. Marcina Kasprzaka 24, 01-211 Warszawa,
- 8) Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o., ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa,

W związku z powyższym należało stwierdzić, że odwołanie zostało wniesione wyłącznie w imieniu i na rzecz grupy firm, które nie zawiązały konsorcjum w celu uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu, i w nim nie uczestniczą, tj.:

- 1) ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 2) Impel Security Polska Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 3) Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.K., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 4) Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 5) ITM Poland S.A., ul. Kostrzyńska 3, 65-127 Zielona Góra,
- 6) Usługowa Spółdzielnia „UNIWERSUM”, ul. Marcina Kasprzaka 24, 01-211 Warszawa,

7) Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o., ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa.

Stan faktyczny sprawy potwierdza, że odwołanie nie zostało wniesione w imieniu wszystkich podmiotów wspólnie ubiegających się o dane zamówienie, którym zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp jedynie łącznie przysługuje status wykonawcy i legitymacja do wniesienia odwołania w oparciu o art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skoro status wykonawcy przysługuje wszystkim łącznie uczestnikom konsorcjum, odwołanie mogło zostać skutecznie wniesione wyłącznie w imieniu całego konsorcjum, a nie w imieniu jedynie grupy firm, które uczestniczą w omawianym konsorcjum.

Konsekwencją braku drogi odwoławczej jest odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony. Art. 179 ust. 1 ustawy Pzp określa krąg podmiotów upoważnionych do wniesienia odwołania i są to: wykonawca, uczestnik konkursu, a także inny podmiot, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Grupa siedmiu wyżej wymienianych firm, nie jest wykonawcą, gdyż wykonawcą zgodnie ze złożoną ofertą są wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie:

- 1) ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k. (lider), ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 2) IPSP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 3) Impel Security Polska Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 4) Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.K., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 5) Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 6) ITM Poland S.A., ul. Kostrzyńska 3, 65-127 Zielona Góra,
- 7) Usługowa Spółdzielnia „UNIWERSUM”, ul. Marcina Kasprzaka 24, 01-211 Warszawa,
- 8) Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o., ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa,

W postępowaniu samodzielnie nie została złożona oferta przez wyszczególnioną wyżej grupę siedmiu firm - nie może ona zatem uzyskać zamówienia, skoro nie składała oferty, nie jest więc także innym podmiotem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ani też organizacją pracodawców, o której mowa w ust. 2 tej normy. W tej sytuacji należało uznać, że grupa siedmiu firm, która nie złożyła oferty w postępowaniu, nie jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania. Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła w postanowieniach o sygn. akt: KIO 928/10, KIO/UZP 1176/09, KIO 411/15.

Izba nie jest władna weryfikować oznaczenia strony przez ustalanie treści zawartych w ofertach. Nie jest także uprawniona do uzupełniania w tym zakresie braku formalnego, gdyż takiej podstawy brak w postanowieniach art. 187 ust. 3 ustawy, oraz w § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu

postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964, Dz. U. z 2017 r. poz. 14) - w taki sposób, aby nadać nieuprawnionemu podmiotowi wnoszącemu odwołanie, charakter wykonawcy.

Dokumenty w zakresie umocowania do reprezentowania odwołującego zostały złożone, tyle że nie potwierdzają one umocowania, ani do wniesienia odwołania w imieniu oznaczonych w odwołaniu podmiotów, ani też w imieniu konsorcjum z liderem ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, które jest oferentem uczestniczącym w przetargu, zatem brak jakichkolwiek podstaw do wzywania do uzupełniania pełnomocnictw.

Powyższe potwierdza dalsze przesłanki do odrzucenia odwołania stosownie do treści art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które są ustalane z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie, o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. W oparciu o § 3 pkt 1 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, Dz. U. z 2017 r., poz. 47), Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczoną kwotę wpisu od odwołania.

Na podstawie § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964, Dz. U. z 2017 r. poz. 14), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....