

Sygn. akt: KIO 1146/21  
KIO 1150/21

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 7 czerwca 2021 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Członkowie:** Bartosz Stankiewicz  
Justyna Tomkowska

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 1 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2021 r. przez **PRG Linter S.A., ul. Górnicza 5A, 21-010 Łęczna** w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel Bogdanka S.A., Bogdanka, 21-013 Puchaczów**

**orzeka:**

1. odrzuca odwołania,
2. kosztami postępowania obciąża **PRG Linter S.A., ul. Górnicza 5A, 21-010 Łęczna** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **PRG Linter S.A., ul. Górnicza 5A, 21-010 Łęczna** tytułem wpisów od odwołań (15 000 zł 00 gr w sprawie o sygn. akt KIO 1146/21 oraz 15 000 zł 00 gr w sprawie o sygn. akt KIO 1150/21),
  - 2.2. zasądza od **PRG Linter S.A., ul. Górnicza 5A, 21-010 Łęczna** na rzecz **Lubelskiego Węgla Bogdanka S.A., Bogdanka, 21-013 Puchaczów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 2.3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **PRG Linter S.A., ul. Górnicza 5A, 21-010 Łęczna** kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z tytułu wpłaty kwoty przewyższającej wysokość wpisu (5 000 zł 00 gr w sprawie o sygn. akt KIO 1146/21 i 5 000 zł 00 gr w sprawie o sygn. akt KIO 1150/21).

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”), opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 213-522835 na „*Wykonywanie robót górniczych i usług w kopalni Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w wyrobiskach p/z w polu Bogdanka, Nadrybie i Stefanów*”, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego z podziałem na 12 części przez Lubelski Węgiel Bogdanka S.A., Bogdanka, 21-013 Puchaczów (dalej „zamawiający”) PRG Linter S.A., ul. Górnicza 5A, 21-010 Łęczna (dalej „PRG”), w dniu 16 kwietnia 2021 r., złożył odwołania dotyczące zadania 5 (KIO 1146/21) i zadania 6 (KIO 1150/21), zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, który stał się podstawą wykluczenia odwołującego PRG z postępowania i unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

PRG wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego PRG z postępowania, a także dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (USB) przy piśmie z dnia 21 kwietnia oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane na posiedzeniu, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawach zastosował przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm. ) [dalej „ustawa nPzp”], ponieważ zostały one wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 16 kwietnia 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2) ustawy nPzp, zgodnie z którym *„Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...) 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.*

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy nPzp środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp, w tym odwołanie, przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, z zastrzeżeniem, że wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia przysługują one również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy nPzp oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorstw.

Powyższe oznacza, że 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 musi zostać odrzucone na podstawie art. 528 pkt 2) ustawy nPzp.

Zgodnie z art. 6 pkt 30) ustawy nPzp wykonawca to osoba fizyczna, osoba prawna albo 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 publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

W ustawie Pzp wykonawca definiowany był niemal identycznie [art. 2 pkt 11) ustawy Pzp], tj. przez wykonawcę należało 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.

Przytoczone definicje legalne pojęcia „wykonawcy” odwołują się do poszczególnych etapów postępowania o udzielenie zamówienia, zawężając krąg podmiotów mogących posiadać status wykonawcy w miarę kolejnych etapów. W przypadku etapu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, który ma miejsce po upływie terminu składania ofert, lecz przed zawarciem umowy, status wykonawcy może posiadać wyłącznie

podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu, a w przypadku postępowania podzielonego na części – wyłącznie podmiot, który złożył ofertę w danej części zamówienia.

Wskazać także należy, że „Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 58 ust. 5 ustawy nPzp jak i art. 23 ust. 3 ustawy Pzp).

Jak wynika tak z art. 6 pkt 30) ustawy nPzp, jak i art. 2 pkt 11) ustawy Pzp, status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia. Po upływie terminu składania ofert status wykonawcy, przysługuje temu oferentowi, który złożył ofertę.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego (Informacja z otwarcia ofert z dnia 9 grudnia 2020 r.) skład orzekający Izby ustalił, że ofertę wspólną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zadaniu nr 5 i 6 złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

#### zadanie 5

1. PRG Linter S.A. (lider),
2. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o. (uczestnik 1),
3. Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” S.A. (uczestnik 2),
4. Drilling MS S.A. (uczestnik 3),
5. Lider & Partners Sp. z o.o. (uczestnik 4),
6. Grupa Carbon Sp. z o.o. (uczestnik 5)

#### zadanie 6

1. PRG Linter S.A. (lider),
2. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o. (uczestnik 1),
3. Lubelskie Zakłady Remontowe Sp. z o.o. (uczestnik 2)
4. Drilling MS S.A. (uczestnik 3),
5. Lider & Partners Sp. z o.o. (uczestnik 4),
6. Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Carbon Grupa Carbon Sp. z o.o. (uczestnik 5).

W konsekwencji, od momentu otwarcia ofert, status „wykonawcy” w postępowaniu przysługiwał wspólnie wszystkim członkom konsorcjum.

Powyższe dotyczy również prawa do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy nPzp. W przypadku, gdy ofertę składają wykonawcy występujący wspólnie, to

im wszystkim razem, a nie każdemu z osobna, przysługują środki ochrony prawnej określone w ustawie, co jest zgodne z utrwalonym orzecznictwem Izby oraz poglądami doktryny.

Z żadnego fragmentu żadnego z odwołań ani z dokumentów do niego załączonych nie wynikało, że odwołanie składane jest w imieniu konsorcjum. Nawet gdyby przyjąć, że spółka PRG była uprawniona do wniesienia środków ochrony prawnej w imieniu konsorcjum, to z treści odwołania, nawet przy najbardziej przychylniej interpretacji, nie można wyprowadzić wniosku, że odwołanie jest składane w imieniu konsorcjum biorącego udział w prowadzonym postępowaniu.

Jako odwołujący została wskazana – PRG Linter S.A. W całej treści obu odwołań konsekwentnie posługiwano się oznaczeniem „*Odwołujący się*”.

Wniosku, że odwołanie składane jest w imieniu konsorcjum nie można było wyprowadzić również z żadnego z dokumentów załączonych do odwołania. Do odwołań została załączona jedynie informacja KRS dla PRG Linter S.A. Nie załączono dokumentów rejestrowych żadnego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wreszcie, do odwołania załączono dowód uiszczenia wpisu, w którym w polu *Tytuł operacji* wskazano, odpowiednio do zadania „*Postępowanie Nr 4982/EZW/PKO/2020 – Zadanie nr (...) Zamawiający (...)*”

Nie załączono także, jako dowód przekazania kopii odwołania zamawiającemu strony pierwszej odwołania „w wersji” przekazanej zamawiającemu, gdzie – zgodnie z oświadczeniem zamawiającego z posiedzenia – jako odwołującego wskazano wszystkich członków konsorcjum, zaś PRG Linter S.A. jako lidera tego konsorcjum.

Biorąc powyższe pod uwagę należało dojść do wniosku, że odwołania wniosła samodzielnie PRG Linter S.A., która nie była podmiotem uprawnionym do ich wniesienia, gdyż nie złożyła w przedmiotowym postępowaniu samodzielnie oferty.

Stanowisko odnoszące się do konieczności odrzucenia odwołania w analogicznych okolicznościach prezentowane jest jednolicie w orzecznictwie Izby, które choć w większości zapadło na tle ustawy Pzp, to w pełni zachowuje swą aktualność (m.in. postanowienie z 6 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1129/11, postanowienie z 12 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1615/10, postanowienie z 19 sierpnia 2013 r. sygn. akt KIO 1899/13, postanowienie z 7 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 176/13, postanowienie z 9 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1423/18, postanowienie z 10 lutego 2020 r. sygn. akt KIO 225/20, postanowienie z 10 lipca 2020 r. sygn. akt KIO1493/20, postanowienie z 23 listopada sygn. akt KIO 2896/20, .

Ww. pogląd podzielany jest również w literaturze prawniczej: *Za podmiot nieuprawniony należy też uznać jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, wnoszącego odwołanie bez umocowania od pozostałych wykonawców lub jedynie we własnym imieniu.* (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 14, Warszawa 2017).

Podkreślenia wymaga, że w świetle poglądów wyrażanych w orzecznictwie jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie zalicza się do kategorii „innych podmiotów”, o których mowa w 505 ust. 1 ustawy nPzp. W rozumieniu tego przepisu „innymi podmiotami” będą potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia) – por. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. XII Ga 92/12; ZPwO 2014 nr 18, poz. 162, ZPwO 2014 nr 18, poz. 208, Legalis, oraz postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 4 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2215/14).

Skład orzekający Izby stwierdził zatem, że PRG Linter S.A. nie posiada statusu wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy nPzp i w konsekwencji jest podmiotem nieuprawnionym do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Wobec powyższego odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2) ustawy nPzp, gdyż zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Na podstawie art. 556 ustawy nPzp skład orzekający Izby wydał łączne orzeczenie w sprawach o sygn. akt KIO 1146/21 i KIO 1150/21, orzekając w obu sprawach jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując jednocześnie zwrot kwoty przewyższającej wysokość obowiązującego wpisu [(§ 2 ust. 1 pkt 2)].

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....