

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 9 sierpnia 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 31 lipca oraz 9 sierpnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2018 roku przez Odwołującego PW METKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszowicach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu

przy udziale wykonawcy GASKET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku - Białej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**postanawia:**

1. Odrzuca odwołanie.
  
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 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 Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Odwołujący - PW METKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszowicach (również jako „Odwołujący” lub spółka PW METKOM) w dniu 20 lipca 2018 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności podjętej przez Zamawiającego - Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. Dostawa rur dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Centrum”; znak sprawy KWK C/10/18 (dalej jako „Postępowanie”) w zakresie Części III: Dostawa rur DN 630 z tworzywa sztucznego w ramach zadania: Budowa rurociągu głównego odwadniania na powierzchni od szybów głównych do osadnika głównego”, polegającej na bezzasadnym wykluczeniu Odwołującego z Postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wskutek bezzasadnego podjęcia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania i tym samym uznania jego oferty za odrzuconą, podczas, gdy Odwołujący wykazał brak podstaw wykluczenia;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a to poprzez brak przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców wskutek bezzasadnego podjęcia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania i tym samym uznania jego oferty za odrzuconą, podczas, gdy oferta Odwołującego, po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej jest najkorzystniejsza, Odwołujący, wykazując brak podstaw wykluczenia, nie podlega wykluczeniu z Postępowania.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty i w efekcie dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu;
- 4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, w tym treści złożonej przez Odwołującego oferty na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Zamawiający nie udzielił pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 24 lipca 2018 r. wykonawca GASKET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku - Białej zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Mając na uwadze ustalenia poczynione w wyniku przeprowadzonych czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony, tj. w imieniu tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: wniesienie odwołania w imieniu i na rzecz tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia skutkuje odrzuceniem odwołania zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w myśl, którego Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony (postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2013 r. KIO 1899/13). Status wykonawcy, w tym przypadku wykonawcy wnoszącego odwołanie, uzyskują łącznie wszyscy wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego i tylko tak oznaczony odwołujący uprawniony jest do skorzystania ze środków ochrony prawnej, a ta okoliczność powinna bezspornie wynikać z odwołania (postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2013 r. KIO 176/13).

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).

Wymaga również podkreślenia, iż w świetle poglądów wyrażanych w orzecznictwie jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie zalicza się do

kategori „innych podmiotów”, o których mowa w 179 ust. 1 ustawy Pzp. W rozumieniu tego przepisu „innymi podmiotami” będą potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia czy też zapytania o cenę). /por. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 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 dnia 4 listopada 2014 r. KIO 2215/14.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy Izba uznała, iż odwołanie wniesione przez PW METKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszowicach podlega odrzuceniu, albowiem zostało ono wniesione wyłącznie w imieniu podmiotu będącego jednym z członków konsorcjum, które złożyło ofertę w Postępowaniu.

Okoliczność złożenia odwołania wyłącznie w imieniu spółki PW METKOM została potwierdzona przez Odwołującego na posiedzeniu. Ponadto, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż na podstawie treści oferty należało uznać, że została ona złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PW METKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszowicach oraz Przedsiębiorstwo Produkcji i Usług Rynkowo – Eksportowych „POLDE” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strumieniu (dalej jako „spółka POLDE”). W ramach oferty zostały między innymi złożone Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia (dalej jako „dokumenty JEDZ”) dla ww. podmiotów. W dokumencie JEDZ Odwołującego na pytanie: „Czy wykonawca bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami?” została udzielona odpowiedź: „TAK”. W kolejnym wierszu została wskazana rola Odwołującego w grupie wykonawców wspólnie biorących udział w realizacji zamówienia, tj. „Przedstawiciel w sprawie ofertowania i realizacji formalnej zamówienia”. Odwołujący pełni zatem rolę lidera konsorcjum. W dokumencie JEDZ spółki POLDE na pytanie: „Czy wykonawca bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami?” również udzielono odpowiedzi: „TAK”. W kolejnym wierszu została wskazana rola spółki POLDE w grupie wykonawców wspólnie biorących udział w realizacji zamówienia, tj. „Konsorcjant”. W ramach oferty została również złożona umowa konsorcjum zawarta pomiędzy Odwołującym i spółką POLDE, w treści której Odwołujący został wskazany jako „Lider Konsorcjum”. W § 1 ww. umowy konsorcjum wskazano znak sprawy, pod którym prowadzone jest Postępowanie (KWK C/10/18). W świetle ww. treści oferty wskazanie jako wykonawcy Odwołującego należało zatem

potraktować jako wskazanie lidera konsorcjum (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia).

Z treści wezwania z dnia 18 czerwca 2018 r. wynikało, iż Zamawiający przedmiotową ofertę traktuje jako złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: spółką PW METKOM oraz spółkę POLDE. Odwołujący nie zaprzeczył temu ani w odpowiedzi na ww. wezwanie, ani na dalszym etapie Postępowania. Odmienne stanowisko zostało przedstawione dopiero na posiedzeniu przed Izbą: Odwołujący potwierdził, iż odwołanie zostało wniesione wyłącznie w jego imieniu (spółki PW METKOM) i jednocześnie oświadczył, że także wykonawcą składającym ofertę w Postępowaniu był sam Odwołujący, natomiast spółka POLDE występowała w charakterze podmiotu udostępniającego swoje zasoby. W ocenie Składu orzekającego Izby treść ww. oświadczenia nie znajdowała potwierdzenia w treści dokumentacji Postępowania. Poza wskazanymi powyżej okolicznościami należy zauważyć, że w treści oferty nie zostało wskazane, iż spółka POLDE miała występować jako podmiot udostępniający swoje zasoby. W szczególności, w przeciwieństwie do Spyra Primo Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mikołowie, nie został złożony dokument zawierający oświadczenie o zobowiązaniu podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów.

Mając zatem na uwadze jednoznaczne stanowisko Zamawiającego co do sposobu traktowania spółki PW METKOM oraz spółki POLDE jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Izba uznała, iż wskazanie spółki PW METKOM w treści zawiadomienia o wykluczeniu z Postępowania stanowiło omyłkę ze strony Zamawiającego polegającą na wskazaniu w treści tego pisma wyłącznie lidera konsorcjum, które złożyło ofertę w Postępowaniu. Zaistniała w tym zakresie omyłka w ocenie Składu orzekającego Izby nie ma jednak istotnego znaczenia dla stwierdzonej podstawy odrzucenia odwołania. Niezależnie od powyższego aktualna pozostaje ocena, iż odwołanie zostało wniesione wyłącznie w imieniu jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a zatem – na gruncie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - przez podmiot nieuprawniony.

Wobec stwierdzenia zaistnienia przesłanki wskazanej w art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Izba nie była uprawniona do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 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. z 2018 r. poz. 972), tj. stosownie do wyniku postępowania odwoławczego obciążając Odwołującego kosztami w postaci uiszczzonego przez niego wpisu.

**Przewodniczący:** .....