

Sygn. akt: KIO 1868/14

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 29 września 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 29 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2014 r. przez wykonawcę: **Immitis sp. z o.o. w Bydgoszczy (85-009), ul. Dworcowa 83** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Izbę Skarbową w Bydgoszczy (85-950), ul. dr E. Warmińskiego 18**

przy udziale wykonawcy: **Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o. w Zielonej Górze (65-410), ul. Fabryczna 13 lok. 1** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy: **Koncept sp. z o.o. w Warszawie (03-992), ul. Wodniaków 19** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Immitis sp. z o.o. w Bydgoszczy** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Immitis sp. z o.o. w Bydgoszczy** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Bydgoszczy**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa sprzętu komputerowego dla Izb Skarbowych” zostało wszczęte przez Izbę Skarbową w Bydgoszczy, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 124 - 220584) w dniu 2 lipca 2014 r.

W dniu 11 września 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w imieniu wykonawcy: Immitis sp. z o.o. w Bydgoszczy, zwanego dalej Odwołującym. Podpisane zostało przez Sebastiana Pawlaczyka, zgodnie z pieczęcią piastującego stanowisko dyrektora zarządzającego. Wraz z odwołaniem został złożony odpis z KRS odnoszący się do Loco A. S. S. S. sp. j. w Bydgoszczy, nie przedstawiono natomiast żadnego dokumentu, który miałby potwierdzać umocowanie Sebastiana Pawlaczyka do działania w imieniu Immitis sp. z o.o. w Bydgoszczy.

Prezes Izby pismem z dnia 12 września 2014 r., działając na podstawie art. 187 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego, wykonawcę: Immitis sp. z o.o. w Bydgoszczy, do uzupełnienia odpowiednich dokumentów potwierdzających umocowanie Sebastiana Pawlaczyka do działania w imieniu Odwołującego.

W złożonym w odpowiedzi na powołane wezwanie piśmie z dnia 15 września 2014 r. podpisanym przez Sebastiana Pawlaczyka, zawarte zostało oświadczenie, iż „*odwołanie zostaje wniesione przez Immitis sp. z o.o. jako lidera konsorcjum wykonawców: Maxto sp. o.o. S.K.A. z Krakowa*”. Wraz z powołanym pismem zostały przedstawione pełnomocnictwa oraz odpisy dokumentów rejestrowych, z których można byłoby wywieść umocowanie dla S. P. do działania tak w imieniu działającego samodzielnie wykonawcy: Immitis sp. z o.o. w Bydgoszczy, jak i dla działających wspólnie wykonawców: Immitis sp. z o.o. w Bydgoszczy i Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Krakowie.

W dniu 15 września 2014 r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego doręczyli Prezesowi Izby wykonawcy (każdy odrębnie): Galaxy Systemy

Informatyczne sp. z o.o. w Zielonej Górze – po stronie odwołującego oraz Koncept sp. z o.o. w Warszawie – po stronie zamawiającego, zwani dalej również Przystępującymi lub uczestnikami postępowania.

Jak ustaliła Izba w oparciu o okazany przez Zamawiającego oryginał złożonej mu oferty, a także w oparciu o zgodne oświadczenia Stron złożone w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron, swoją ofertę złożyli Zamawiającemu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Immitis sp. z o.o. w Bydgoszczy i Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Krakowie. To oferta złożona przez te dwa podmioty działające wspólnie została poddana przez Zamawiającego badaniu i ocenie.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Przepis art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przesądza, iż w takim przypadku, w odniesieniu do takich podmiotów przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio. Zgodnie z art. 179 ust. 1 środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy. Uwzględniając powołany przepis, a także mając na uwadze regulację wpływającą z art. 23 ustawy Pzp, uznać należy, iż w przypadku, gdy ofertę złożyli wykonawcy działający wspólnie (konsorcjum), uprawnienie do wniesienia odwołania wobec czynności podjętych przez zamawiającego przysługuje, tylko i wyłącznie, wszystkim tym podmiotom działającym, tak jak przy złożeniu oferty, wspólnie. Niedopuszczalnym tym samym jest, aby odwołanie wniósł wyłącznie we własnym imieniu jeden tylko członek konsorcjum. Koniecznym jest aby osoba lub podmiot, aby mogła zostać uznana za uprawnioną do wniesienia odwołania, działała w imieniu tego samego grona podmiotów, które złożyło wspólną ofertę zamawiającemu.

W rozpoznawanym przypadku, zgodnie z treścią odwołania wniesionego do Prezesa Izby w dniu 11 września 2014 r., odwołanie zostało wniesione w imieniu Immitis sp. z o.o. w Bydgoszczy. Wynika to jednoznacznie z treści tegoż odwołania. Już na wstępie wskazano na tę właśnie spółkę, jako na Odwołującego, wraz z podaniem danych niezbędnych do prowadzenia dalszej korespondencji w sprawie wywołanej wniesieniem odwołania. Podobnie w pkt I odwołania zawarto stwierdzenie, iż to „*Immitis sp. z o.o. w Bydgoszczy [dalej zwana IMMITIS lub Odwołujący]*” wnosi odwołanie. W całym odwołaniu, w tym w jego uzasadnieniu brak jakichkolwiek wskazań na to, iż zamiarem i wolą powołanej spółki było wniesienie odwołania w imieniu pełnego składu konsorcjum, w skład którego spółka ta wchodziła i w ramach którego, i w jego imieniu, złożyła Zamawiającemu ofertę. Zamiar taki nie wynika również z przedstawionych wraz z odwołaniem dokumentów. Zauważenia wymaga fakt, iż odpowiednie pełnomocnictwa

złożone zostały dopiero w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia braków formalnych odwołania wraz z pismem z dnia 15 września 2014 r.

Istotną dla rozstrzygnięcia okolicznością było to, iż dzień 12 września 2014 r. był ostatnim dniem terminu na wniesienie odwołania. Jak ustaliła to Izba, w oparciu o oświadczenie Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 15 września 2014 r., Zamawiający w dniu 2 września 2104 r. przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o dokonaniu czynności, wobec, których wniesione zostało odwołanie. Tym samym najdalej do tego dnia możliwe byłoby wniesienie do Prezesa Izby sprostowania treści odwołania, a tym samym wniesienie go w imieniu podmiotu, który był do tego uprawniony, a zatem w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Immitis sp. z o.o. w Bydgoszczy i Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Krakowie.

Izba stoi na stanowisku, iż z upływem terminu na wniesienie odwołania nie jest możliwe dokonywanie zmian po stronie podmiotowej w postępowaniu odwoławczym. W ustawie Pzp brak bowiem regulacji analogicznych do tych, które zostały ukształtowane na gruncie procedury cywilnej w kodeksie postępowania cywilnego, a ten z kolei w tym zakresie nie znajduje zastosowania wobec postępowania odwoławczego toczącego się przed Izbą. Zgodnie bowiem z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Tym samym przepisy kpc znajdują zastosowanie w postępowaniu odwoławczym jedynie we wskazanym tam wąskim zakresie i to z zastrzeżeniem, że przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Brak zatem podstaw, do bezpośredniego powoływania się na zawartą w kpc regulację odnoszącą się do możliwych do przeprowadzenia w procesie cywilnym zmian po stronie podmiotowej (choćby do art. 194 – 196 kpc) i określonych tam reguł prowadzenia takiego postępowania. Podobnie Izba w sprawach KIO 1045/12, KIO 692/12, czy też w połączonych sprawach KIO 1126/11; KIO 1154/11; KIO 1158/11.

Na dokonywanie zmian po stronie podmiotowej nie pozwalają w szczególności przepisy art. 187 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 9 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280 z późn. zm.). Dozwalają one na usuwanie braków formalnych wniesionego odwołania, jednakże nie sposób z nich wywodzić uprawnienia wykonawcy do zmiany wskazania na grono podmiotów w imieniu których odwołanie zostało wniesione. Tymczasem w rozpoznawanej sprawie, dopiero w odpowiedzi na wezwanie do usunięcia braków formalnych, już po upływie terminu za złożenie odwołania, w piśmie

z dnia 15 września 2014 r. zostało wskazane, iż inaczej, niż pierwotnie zostało to uczynione w samym odwołaniu, winna zostać oznaczona strona odwołująca – w piśmie tym wyjaśniono, że odwołanie zostało wniesione nie w imieniu Immitis sp. z o.o. w Bydgoszczy, ale w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Immitis sp. z o.o. w Bydgoszczy i Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Krakowie. W ocenie Izby działanie takie ocenione zostać musiało za spóźnione i niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp.

Na marginesie właściwym wydaje się zauważyć, iż również w świetle pełnomocnictw z dnia 26 września 2014 r. przedstawionych Izbie w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron przez osoby reprezentujące Odwołującego, Odwołującym był tylko i wyłącznie wykonawca Immitis sp. z o.o. w Bydgoszczy i w imieniu tej właśnie spółki osoby te stawily się przed Izba.

Mając na uwadze dokonaną ocenę, Izba uznała, iż rozpoznawane odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, stąd też podlega ono odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Na tak dokonaną ocenę nie mógł mieć wpływu fakt, iż Zamawiający w piśmie z dnia 24 września 2014 r. (odpowiedzi na odwołanie), zawarł oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów zawartych w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 1868/14. Oświadczenie Zamawiającego odnosiło się bowiem do materii zarzutów w odwołaniu zawartych i zawierało w sobie ocenę ich słuszności. Tymczasem, aby Zamawiający mógł skutecznie wypowiedzieć się co do zasadności zarzutów podnoszonych przez Odwołującego, koniecznym jest, aby odwołanie przez Izbę rozpoznawane spełniało wszystkie warunki formalne – innymi słowy, aby nie podlegało ono odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Dopiero bowiem, gdy odwołanie nie podlega odrzuceniu, możliwym jest merytoryczne rozpoznanie przez Izbę zarzutów w tym odwołaniu zawartych. A pamiętać należy, iż oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu całości zarzutów zwalnia Izbę z obowiązku rozstrzygnięcia o ich zasadności i umożliwia umorzenie postępowania odwoławczego. Tak w jednym, jak i w drugim przypadku, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana jest jednak do zbadania z urzędu i wykluczenia spełnienia którejkolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania. Przyjęcie odmiennego stanowiska oznaczałoby uznanie, iż oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów konwaliduje braki formalne odwołania, które w przypadku nie złożenia przez Zamawiającego takiego oświadczenia, doprowadziłyby do odrzucenia odwołania. Brak podstaw, aby wywieść z przepisów ustawy Pzp wywieranie przez wniesienie odpowiedzi na odwołanie o określonej treści takich właśnie skutków proceduralnych. Pamiętać również należy, iż w przypadku uwzględnienia całości zarzutów przez Zamawiającego, przystępujący po stronie Zamawiającego do postępowania

odwoławczego wykonawca ma prawo wnieść sprzeciw (art. 186 ustawy Pzp), co z kolei zobowiązuje Izbę do merytorycznego rozpoznania odwołania pomimo uwzględnienia przez Zamawiającego całości zarzutów w odwołaniu zawartych. Niewłaściwym zatem byłoby uznanie, że fakt wniesienia przez Zamawiającego odpowiedzi na odwołanie, w której uwzględnił on w całości zarzutów przedstawione w odwołaniu, mogłoby mieć jakiegokolwiek znaczenie dla rozstrzygnięcia co do tego, czy rozpoznawane odwołanie podlega odrzuceniu.

Uwzględniając powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

**Przewodniczący:** .....