

Sygn. akt: KIO 2223/16

POSTANOWIENIE
z dnia 6 grudnia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 grudnia 2016 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2016 roku przez **Stocznię Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej, ul. Śmidowicza 48; 81-127 Gdynia,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A., ul. Rotterdamska 9; 81-377 Gdynia,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Porr Polska Infrastructure S.A., Porr Bau GmbH, ul. Domaniewska 50A; 02-672 Warszawa,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Stocznię Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej, ul. Śmidowicza 48; 81-127 Gdynia i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Stocznię Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej, ul. Śmidowicza 48; 81-127 Gdynia,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A., ul. Rotterdamska 9; 81-377 Gdynia, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „*Pogłębienie toru podejściowego i akwenów wewnętrznych Portu Gdynia- Etap I*”.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 marca 2016 roku, pod numerem: 2016/S 061-105735.

W dniu 25 listopada 2016 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie wniosła Stocznia Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej, ul. Śmidowicza 48; 81-127 Gdynia (dalej „odwołujący”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez brak wykluczenia wykonawcy konsorcjum Porr, pomimo niespełnienia kryteriów wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, sekcja III.2.2 pkt 6, sekcja III.2.3 pkt 2b, sekcja III.2.3 pkt 5b, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez brak odrzucenia oferty w sytuacji, kiedy treść oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mając na względzie powyższe, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru wykonawcy, odrzucenie jego oferty i wykluczenie wykonawcy, obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów związanych z uczestnictwem w posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że interes odwołującego został naruszony przez zamawiającego, ponieważ prace, które mają być wykonane w ramach w/w inwestycji wykonywane będą również na rzecz odwołującego się, wobec czego może on ponieść szkodę z uwagi na brak odpowiednich kwalifikacji wykonawcy i wadliwość jego oferty wskazaną w zarzutach.

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 16 listopada 2016 roku, poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

W ramach tego postępowania, prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, w wyniku zaproszenia przez zamawiającego, zostało złożonych 5 ofert, tj.:

- 1) oferta konsorcjum ENERGOPOL-SZCZECIN S.A. i OJSC Euro Asian Construction Corporation “EVRASCON”,
- 2) oferta konsorcjum STRABAG Sp. o.o. i ED.ZUBLIN AG,
- 3) oferta konsorcjum BUDIMEX S.A. i MOSTOSTAL KRAKÓW S.A.,

- 4) oferta konsorcjum Porr Polska Infrastructure S.A. i Porr Bau GmbH,
- 5) oferta konsorcjum NDI S.A. i BMGS S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym, w charakterze uczestnika postępowania przystępującego po stronie zamawiającego, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Porr Polska Infrastructure S.A., Porr Bau GmbH, ul. Domaniewska 50A; 02-672 Warszawa.

W ocenie Izby odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w świetle którego Izba odrzuca odwołanie wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Zgodnie z art. 179 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej określone w ustawie - Prawo zamówień publicznych, w tym odwołanie, przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, z tym zastrzeżeniem, że wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują one również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym 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. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, przez wykonawcę należy 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.

Jak wynika z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie odwołujący nie złożył zamawiającemu oferty.

Niewątpliwym jest zatem, że status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez zamawiającego, odwołującemu nie przysługuje. Jak bowiem sam odwołujący wskazał *„Zamawiający na podstawie aktu notarialnego rep. A 1125/2014 sporządzonego przez notariusza (...) nabył od odwołującego prawo użytkowania wieczystego nieruchomości, w obrębie której ma być prowadzona inwestycja stanowiąca przedmiot niniejszego postępowania. Zgodnie z w/w aktem notarialnym zamawiający zobowiązał się na*

swój koszt zlecić prace dotyczące nowego doku pływającego odwołującego, co pokrywa się z przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu.”.

Powyższe oznacza, że odwołujący nie jest podmiotem, wykonawcą, który ubiega się o udzielenie przedmiotowego postępowania, nie jest również organizacją wpisaną na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy Pzp, a jest jedynie podmiotem zainteresowanym, aby postępowanie było prowadzone w sposób zgodny z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych, albowiem jest podmiotem, od którego zamawiający nabył prawo użytkowania wieczystego do nieruchomości będącej przedmiotem zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione przez podmiot, do tej czynności nieuprawniony, dlatego też zachodzą przesłanki do zastosowania przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, statuującej obowiązek Izby, do odrzucenia odwołania.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym. W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie tak Izby, jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania, odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....