

Sygn. akt: KIO 3305/20

POSTANOWIENIE
z dnia 29 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 29 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Agencja Ochrony K. sp. z o.o. w Warszawie** oraz **Agencja Ochrony MK sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **13 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Grudziądzu**
postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**

2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15.000,00 zł** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Agencja Ochrony K. sp. z o.o. w Warszawie** oraz **Agencja Ochrony MK sp. z o.o. w Warszawie**, stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 **Toruniu**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3305/20

Uzasadnienie

13 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Grudziądzu, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez SUFO w kompleksach w Grudziądzu, Chełmnie i Grubnie, Brodnicy, Jamach”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 7 lipca 2020 r. nr 2020/S 129-317844.

4 grudnia 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony K. sp. z o.o. w Warszawie oraz Agencja Ochrony MK sp. z o.o. w Warszawie, zwanym dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowe Tombor C. T., J. T. sp. j. w Katowicach, U.P.G. sp. z o.o. w Katowicach, Fosa Ochrona sp. z o.o. w Chorzowie, Silezjan System Security – Biuro Ochrony Mienia sp. z o.o. we Wrocławiu, Era sp. z o.o. w Chorzowie oraz Novia sp. z o.o. w Chorzowie, zwanych dalej „konsorcjum Tombor”.

Wobec czynności wyboru oferty złożonej przez konsorcjum Tombor jako najkorzystniejszej w zadaniu 3 odwołujący wniósł 14 grudnia 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3, w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania 3 złożonej przez konsorcjum Tombor na skutek nieprawidłowego przyznania punktów w ramach kryterium posiadania własnej grupy interwencyjnej (waga 10%), w sytuacji, gdy przedmiotowe konsorcjum firm w formularzu ofertowym do zadania nr 3 w sprawie 20/2020 złożyło oświadczenie, iż nie posiada własnej grupy interwencyjnej do realizacji w/w zadania, jak również wskazało, iż zamierza powierzyć wykonywanie zamówienia w tej kwestii innym podwykonawcom;
- 2) art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. 84 ust. 1 Pzp przez dopuszczenie przez Zamawiającego dokonania przez konsorcjum Tombor przeprowadzenia modyfikacji złożonej oferty w zakresie zadania 3 już po upływie terminu składania ofert;
- 3) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez nieuzasadnione uznanie przez Zamawiającego, iż wskazane przez konsorcjum Tombor zmiany oferty po upływie terminu składania ofert stanowiły jedynie sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej, wówczas gdy dokonane przez w/w konsorcjum zmiany stanowiły istotną ingerencję w treść pierwotnej oferty, bowiem waga przeprowadzonych zmian wynosiła 10% w zakresie oceny wartości oferty, co w konsekwencji spowodowało nieuzasadniony wybór jako najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania 3 złożonej wskazanego powyżej wykonawcę.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty konsorcjum Tombor jako najkorzystniejszej w zakresie zadania (części) 3 postępowania;
- 2) wykluczenia konsorcjum Tombor z dalszego udziału w postępowaniu;
- 3) dokonania powtórnej czynności wyboru ofert w zakresie zadania (części) 3 postępowania.

Na podstawie pisma zamawiającego z 17 grudnia 2020 r. ustalono, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 15 grudnia 2020 r. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej

W dniu 17 grudnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła korespondencja w której wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowe Tombor C. T., J. T. sp. j. w Katowicach informuje, iż przystępuje do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Ustalono także, że 22 grudnia 2020 r. zamawiający doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności ustalono, że do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło wprawdzie zgłoszenie przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe Tombor C. T., J. T. sp. j. w Katowicach, jednakże nieskuteczne. Stosownie do przepisu art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się*

zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Zgodnie z art. 185 ustawy Pzp środek ochrony prawnej jakim jest zgłoszenie przystąpienia przysługuje wykonawcy.

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. Zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Jak wynika z 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.

Jak ustalono, ofertę wspólną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowe Tombor C. T., J. T.n sp. j. w Katowicach, U.P.G. sp. z o.o. w Katowicach, Fosa Ochrona sp. z o.o. w Chorzowie, Silezjan System Security – Biuro Ochrony Mienia sp. z o.o. we Wrocławiu, Era sp. z o.o. w Chorzowie oraz Novia sp. z o.o. w Chorzowie. W konsekwencji, od momentu otwarcia ofert, status „wykonawcy” w postępowaniu przysługiwał wspólnie wszystkim członkom konsorcjum. Powyższe dotyczy również prawa do zgłoszenia przystąpienia, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. 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 zgłoszenia przystąpienia nie wynikało, że zgłoszenie składane jest w imieniu konsorcjum. Dostrzeżenia wymagało, że w komparycji zgłoszenia jako „przystępujący” zostało wskazane Przedsiębiorstwo Usługowe Tombor C. T., J. T. sp. j. w Katowicach. Faktu, że zgłoszenia przystąpienia składane jest w imieniu konsorcjum nie można było wyprowadzić również z żadnego z dokumentów załączonych do zgłoszenia, gdyż takich dokumentów nie załączono.

Biorąc powyższe pod uwagę należało dojść do wniosku, że zgłoszenie przystąpienia wniosło samodzielnie Przedsiębiorstwo Usługowe Tombor C. T., J. T. sp. j. w Katowicach. Zgłaszający przystąpienie nie był podmiotem uprawnionym do zgłoszenia, gdyż nie złożył w przedmiotowym postępowaniu samodzielnie oferty. Zatem zgłoszenie powinien wnieść w imieniu wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia, tymczasem środek ochrony prawnej w postaci zgłoszenia przystąpienia w przedmiotowym postępowaniu wniósł samodzielnie. Izba stwierdziła zatem, że zgłaszający przystąpienie nie posiada statusu wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu w rozumieniu art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i w konsekwencji jest podmiotem nieuprawnionym do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Z przywołanego przepisu art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wynika także w sposób jednoznaczny, że obowiązkiem wykonawcy, który zgłasza przystąpienie do postępowania odwoławczego jest przesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia zarówno zamawiającemu jak i odwołującemu. Zgłaszający przystąpienie w żaden sposób nie wykazał faktu przesłania kopii zgłoszenia do odwołującego ani zamawiającego. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że nie otrzymał żadnej kopii zgłoszenia przystąpienia. Ponieważ zgłaszający przystąpienie faktu tego nie wykazał, należało przyjąć, że kopia zgłoszenia przystąpienia nie została przekazana zamawiającemu ani odwołującemu.

Stwierdzono zatem, że w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Podzielono tym samym, wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie Izby pogląd, iż *Brak skutecznego, tj. zgodnego z art. 185 ust. 2 p.z.p., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego należy traktować jako brak przystąpienia w terminie opisanego w art. 186 ust. 2 ustawy. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie brał udziału żaden wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego* (tak m.in. postanowienie KIO z dnia 6 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 348/10. Podzielono w omawianym zakresie również stanowisko wyrażane w piśmiennictwie, zgodnie z którym *Wobec braku przepisów ustalających zasady uzupełniania braków formalnych w interwencji ubocznej ich ewentualne wystąpienie sankcjonowane będzie odrzuceniem interwencji* (por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz LEX 2010, Komentarz do art. 185 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.).

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca. Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem, *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnym zakresie nie miało charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 2 i art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. Stosownie do tego przepisu, *koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w art. 186 ust. 2 i 3a ustawy Pzp, znosi się wzajemnie.*

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 5 ust. 1 pkt 1 a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), gdyż uwzględnienie zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy. Zgodnie z powołanym przepisem, *W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił, wypełniając wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczoney tytułem wpisu.*

Przewodniczący:.....

