

Sygn. akt: KIO 3310/20

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 **Solid Security sp. z o.o. w Warszawie** oraz **Solid sp. z o.o. w Krakowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **13 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Grudziądzu** przy udziale 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** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

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 **Solid Security sp. z o.o. w Warszawie** oraz **Solid sp. z o.o. w Krakowie**, 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 3310/20

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), 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 2020r. nr 2020/S 129-317844.

4 grudnia 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Solid Security sp. z o.o. w Warszawie oraz Solid sp. z o.o. w Krakowie, zwanym dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze w zadaniu 3 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” oraz „Wykonawcą 1”.

Wobec:

- 1) czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu konsorcjum Tombor oraz 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, zwanych dalej również „Wykonawcą 2”,
 - 2) zaniechania czynności wykluczenia konsorcjum Tombor oraz 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 z udziału w postępowaniu,
 - 3) zaniechania czynności odrzucenia ofert złożonych przez konsorcjum Tombor oraz 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 zakresie zadania 3,
 - 4) czynności wyboru oferty konsorcjum Tombor w zadaniu 3 jako najkorzystniejszej
- odwołujący wniósł 14 grudnia 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, art. 26 ust. 3 Pzp poprzez:
 - mylne uznanie, iż Wykonawcy w sposób prawidłowy wykazali, iż nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez całkowicie nieuzasadnione, zautomatyzowane i bezrefleksyjne przyjęcie, iż złożone przez nich dokumenty w postaci wizualizacji zaświadczeń ZUS i Urzędu Skarbowego spełniają co do swojej formy warunki stawiane obowiązującymi przepisami prawa;
 - zaniechanie wezwania przez Zamawiającego Wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wobec złożonych w postępowaniu dokumentów i dopuszczenie Wykonawców do kolejnego etapu postępowania - etapu składania ofert;
- 2) przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i ust. 2d Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez:
 - podjęcie działań wobec Wykonawcy 1 w trybie art. 87 ust. 1 Pzp i umożliwienie mu w terminie po czynności otwarcia ofert składania oświadczeń w zakresie elementów oferty, które podlegają punktacji, a w konsekwencji tego umożliwienie Wykonawcy 1 dokonanie zmiany jego oferty w terminie dla tego niedopuszczalnym;
 - brak pełnej i kompleksowej oceny ofert Wykonawców, w zakresie złożonych przez nich oświadczeń wobec kryterium realizacji przedmiotu zamówienia (kryterium podlegające ocenie), a to posiadania własnej grupy interwencyjnej, w sytuacji kiedy Zamawiający posiadał informację wskazującą na wątpliwości w tym zakresie - tj. okoliczności wskazujące na to że Wykonawcy nie dysponują własnymi grupami interwencyjnymi SUFO, którymi mogą realizować usługę dla Zamawiającego w kształcie przez niego wymaganym.
 - zaniechanie przeprowadzenia postępowania w sposób pełny, rzetelny i zapewniający równe traktowanie wykonawców, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie składanych przez nich oświadczeń, mimo kierowanych do Zamawiającego wezwań w tym zakresie przez odwołującego.

-umożliwienie udziału w postępowaniu Wykonawcom, których działania noszą znamiona czynów nieuczciwej konkurencji - składanie nieprawdziwych oświadczeń tylko w celu uzyskania korzyści w postaci pozyskania zamówienia publicznego.

3) przepisów art. 89 ust. 1 oraz ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp

-zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawców w sytuacji kiedy złożone przez nich oferty nie odpowiadają specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Wykonawcy nie posiadają własnych grup interwencyjnych przeznaczonych dla realizacji Zadania 3;

-Wykonawcy złożyli nieprawdziwe oświadczenia o posiadaniu własnych grup interwencyjnych celem uzyskania wyższej klasyfikacji ich oferty w postępowaniu, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i godzi w interes Zamawiającego oraz dobro postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;

2) dokonania ponownej oceny ofert i wykluczenie z postępowania (odrzucenie ofert) Wykonawcy 1 oraz Wykonawcy 2 w sytuacji braku wykazania przez nich posiadania własnych grup interwencyjnych na dzień składania oświadczeń (16 listopada 2020), którymi mogą realizować przedmiot zamówienia.

Na podstawie pisma zamawiającego z 17.12.2020 r. ustalono, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał innym wykonawcom 15 grudnia 2020 r., drogą elektroniczną.

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pochodzące od 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 (Wykonawcy 2).

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., przed otwarciem posiedzenia Izby, zamawiający doręczył Prezesowi Izby odpowiedź na odwołanie, w której poinformował, że uwzględni zarzuty podniesione w odwołaniu.

Posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego zostało wyznaczone na dzień 29 grudnia 2020 r., godz. 10.00. Strony i zgłaszający przystąpienie zostali prawidłowo zawiadomieni o terminie posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. W szczególności zgłaszający przystępujący zostali zawiadomieni o terminie posiedzenia drogą elektroniczną w dniu 18 grudnia 2020 r. i potwierdzili otrzymanie korespondencji w tym dniu (zawiadomienia o terminie posiedzenia, potwierdzenie odbioru, w aktach sprawy).

W dalszej kolejności ustalono, że 29 grudnia 2020 r. w trakcie posiedzenia Izby, przed otwarciem rozprawy, odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawcy 1 i Wykonawcy 2.

Ustalono również, że na posiedzenie Izby nie stawili się wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowe Tombor C. T., J. T. sp. j. w Katowicach ani Wykonawca 2.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe Tombor C. T., J. T. sp. j. w Katowicach. Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło 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. 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. 185 ust. 2 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 zgłoszenie 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 wniósł samodzielnie wykonawca 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. Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby oświadczył, że nie otrzymał kopii zgłoszenia przystąpienia od Wykonawcy 1. 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 Wykonawca 1 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.).

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania 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 (Wykonawca 2).

Zamawiający złożył skuteczne oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów. W tej sytuacji, przesłanką do wyznaczenia rozprawy i rozpoznania odwołania w zakresie niewycofanym było wniesienie przez Wykonawcę 2 sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu do czasu zamknięcia posiedzenia, co nie nastąpiło.

Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe, co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest wyznaczenie rozprawy. Jest to zatem faza, w której następuje koncentracja środków ochrony prawnej, w związku z czym uczestnicy postępowania odwoławczego stawiając się na posiedzenie winni być gotowi do określenia swoich stanowisk procesowych warunkujących dalsze procedowanie w sprawie. Omawiany etap postępowania odwoławczego następuje po fazie posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron. Przepis § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz.U. z 2020 poz. 1296) stanowiący o wzywaniu zgłaszającego przystąpienie do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu w terminie 3 dni nie znajduje zastosowania w sytuacji, gdy zostało już wyznaczone posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. Powyższe wynika z sposób jednoznaczny z przepisu § 13 ust. 2a ww. rozporządzenia.

Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawcy 1 i Wykonawcy 2.

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu. Wobec braku oświadczenia Wykonawcy 2 o wniesieniu sprzeciwu do czasu zamknięcia posiedzenia, Izba zobowiązana treścią przywołanych niżej przepisów umorzyła postępowanie odwoławcze.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, w *przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.*

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. 3a 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 ust. 2 i 3a, znosi się wzajemnie.*

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczony tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia 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), gdyż uwzględnienie części zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy. Zgodnie z powołanym przepisem, w *przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił, wypełniając wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczony tytułem wpisu.*

Przewodniczący:.....