

Sygn. akt: KIO 2357/20

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 22 października 2020 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu **22 października 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2020 r. przez odwołującego: **"PROJMORS" Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o. w Gdańsku** (ul. Narwicka 2D, 80-557 Gdańsk) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Stoleczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie** (Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa),

**postanawia:**

Umarza postępowanie odwoławcze;

Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **"PROJMORS" Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o. w Gdańsku** (ul. Narwicka 2D 80-557 Gdańsk) kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Warszawie**.

Sygn. akt KIO 2357/20

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w dniu 21 września 2020 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez Zamawiającego: **Stoleczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie**, którego przedmiotem jest: „Wykonanie kompleksowego przygotowania dokumentacyjnego wraz z opisem przedmiotu zamówienia oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadań inwestycyjnych realizowanych w kompleksie wojskowym w Sochaczewie”. Sprawa 49/2020. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE: 2020/S 129-317845 z dnia 07.07.2020 r. Wnoszący odwołanie wykonawca: „**PROJMORS**” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego sp. z o.o. z Gdańska (Odwołujący) w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ZAZ sp. z o.o. z Warszawy** oraz **ZEUS S.A. z Pruszcza Gdańskiego (Konsorcjum ZAZ)** wskazał na naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- (1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp ze względu na wadliwą ocenę oferty Konsorcjum ZAZ oraz wybór oferty tego wykonawcy;
  - (2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ZAZ zawierającej rażąco niską cenę;
  - (3) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ZAZ, pomimo że złożone przez tego wykonawcę w toku Postępowania wyjaśnienia nie dawały powodu do przyjęcia, że zaoferowana cena nie jest rażąco zaniżona w szczególności zaś wyjaśnienia te nie odwoływały się do wskazanych w Pzp kryteriów, takich jak oszczędność metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy;
  - (4) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na nieuprawnione dokonanie zmiany treści oferty wykonawcy Konsorcjum ZAZ poprzez poprawienie „innej omyłki” na podstawie, w sytuacji, w której nie zostały spełnione przesłanki pozwalające na zastosowanie tego przepisu i tym samym zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z treścią SIWZ;
  - (5) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ZAZ, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego wykonawcy polegającego na wykonaniu pracy projektowej spełniającej wymagania Zamawiającego w zakresie określonej wartości oraz związanej z budową obiektu kategorii XII Prawo budowlane, określonych w rozdziale XI pkt 3 SIWZ;
  - (6) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ZAZ z Postępowania, pomimo że wykonawca ten, składając oświadczenie odnośnie wiedzy i doświadczenia wykonawcy (rozdział XI pkt 3 SIWZ) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu;
  - (7) art. 22d ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, art. 89 ust. 1 pkt 2, ewentualnie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp z uwagi na bezpodstawne uznanie, że Konsorcjum ZAZ posiada (gwarantuje) wymagane zdolności w zakresie zachowania klauzuli niejawności dokumentacji projektowej, podczas gdy w rozdziale VII pkt 2 ppkt 1a i 3 SIWZ Zamawiający wymaga odpowiedniego zabezpieczenia informacji niejawnych, względnie zaniechanie wezwania Konsorcjum ZAZ do wyjaśnienia/ uzupełnienia zaangażowania do realizacji zamówienia osób będących projektantami branży architektury i konstrukcji, którzy nie są pracownikami Konsorcjum ZAZ, a jedynie świadczą usługi na podstawie umów cywilnoprawnych; Ewentualnie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ZAZ do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów złożonych przez tego wykonawcę na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z Postępowania w postaci dysponowania wymaganą wiedzą i doświadczeniem wykonawcy oraz wskazanego potencjału osobowego, mimo iż treść przedłożonych dokumentów zawierają informacje wzbudzające uzasadnione istotne wątpliwości co do okoliczności stanu faktycznego, który miał zostać potwierdzony tymi dokumentami, a w konsekwencji budzi uzasadnione wątpliwości co do braku wystąpienia wobec Konsorcjum ZAZ podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 22d ust. 2 ustawy Pzp,
  - (8) art. 91 ust. 1 ze względu na wybór oferty, która podlega odrzuceniu, a w konsekwencji powyższego, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp z uwagi na przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości oraz wybór oferty złożonej przez wykonawcę wybranego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.
- Wskazując na powyższe Odwołujący na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy Pzp wniósł o dopuszczenie przeprowadzenia dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie,

na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym. Wskazując z kolei na art. 180 ust. 3 ustawy Pzp wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum ZAZ; (2) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert i odrzucenie/ wykluczenie Konsorcjum ZAZ zgodnie z powyższymi zarzutami, a w przypadku oddalenia zarzutów dotyczących podstaw wykluczenia/ odrzucenia (3) nakazanie Zamawiającemu wezwania do wyjaśnienia/ uzupełnienia oferty Konsorcjum ZAZ w zakresie ww. zarzutów odwołania; (4) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego wyboru oferty w Postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Natomiast w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp) Odwołujący żądał od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Wskazał, że (...) Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, gdyż nieuzasadniona czynność wyboru oferty Konsorcjum ZAZ pozbawia wykonawcę możliwości zawarcia umowy i następnie jej realizacji. Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp zostaje pozbawiony uzyskania zamówienia, a tym samym może ponieść z tego tytułu znaczną szkodę. Po odrzuceniu oferty Konsorcjum ZAZ (wykluczeniu tego wykonawcy) oferta Odwołującego będzie mogła zostać uznana jako najkorzystniejsza (aktualnie jest sklasyfikowana na drugim miejscu).

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający w dniu 22 września 2020 r. poinformował wykonawców o odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopię przy tym piśmie przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Także w tym piśmie wskazując na art. 185 ust.1 i ust.2 ustawy Pzp wezwał wykonawców do wzięcia udziału w toczącym się postępowaniu odwoławczym.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ZAZ sp. z o.o. z Warszawy oraz ZEUS S.A. z Pruszcza Gdańskiego (Konsorcjum ZAZ) przesłało w dniu 22 września 2020 r. na adres „odwołania” e- mailem pismo (str 1) oznaczone datą „23 września 2020 r.” „Od: ”, w którym ZAZ sp. z o.o. działając w imieniu Konsorcjum informuje, że Konsorcjum jako *Przystępujący zgłasza przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego tj. Stołecznego Zarządu Infrastruktury*. Pismo przewodnie nie jest opatrzone podpisem. Do tego pisma załączono także odrębne pismo (3 str) oznaczone jako zatytułowane jako „ZGŁOSZENIE PRZYSTĄPIENIA DO POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO PO STRONIE ZAMAWIAJĄCEGO” pismo nie zostało opatrzone żadnym podpisem. W dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego przy piśmie z dnia 25 września 2020 r. (w tym zakresie: str 572 - 575) także tylko takie dokumenty (nie opatrzone podpisami wykonawcy, a potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego) zostały przedstawione.

Zamawiający w piśmie z dnia 28 września 2020 r. oświadczył, że *„Działając na podstawie art. 186 ust. 1 i 2 ustawy (...) Prawo Zamówień Publicznych (.....) Zamawiający — Stołeczny Zarząd Infrastruktury Al. Jerozolimskie 97, 00 — 909 Warszawa ustosunkowując się do treści odwołania wniesionego w dniu 21.09.2020 r. przez Odwołującego — firmę PROJMORS Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o. ul. Narwicka 2d, 80 — 577 Gdańsk, i postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na wykonanie kompleksowego przygotowania dokumentacyjnego wraz z opisem przedmiotu zamówienia oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadań inwestycyjnych realizowanych w kompleksie wojskowym w Sochaczewie — Sprawa 49/2020 — uznaje w całości zarzuty Odwołującego”*.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp: *„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”*.

W tej sprawie po stronie Zamawiającego, wbrew oświadczeniom Konsorcjum ZAZ składanym w korespondencji z dnia 23 września 2020 r. brak jest skutecznego złożenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, o którym stanowi przepis art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

W myśl wskazanego 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 formie papierowej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie”*.

Ustalenia Izby w tej sprawie, w tym na posiedzeniu w dniu 22 października 2020 r. z udziałem Konsorcjum ZAZ, nie potwierdziły złożenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w terminie wymaganym ustawą Pzp zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w jednej z form wymaganych wskazanym przepisem dla skuteczności przystąpienia. Dla zachowania formy papierowej (pisemnej lub dokumentowej) konieczne jest utrwalenie treści oświadczenia woli pismem i opatrzenie go własnoręcznym podpisem pochodzącym od osoby uprawnionej do reprezentacji podmiotu (lub pełnomocnika) lub w sposób umożliwiający ustalenie uprawnionej osoby składającej oświadczenie (tak: art. 78 KC i art. 77 (2) KC). Natomiast oświadczenie złożone w formie elektronicznej wymaga opatrzenia go bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą kwalifikowanego certyfikatu (tak: art. 78 (1) KC w zw. z rozporządzeniem Ministra Cyfryzacji z dnia 29.06.20 w sprawie profilu zaufanego i podpisu zaufanego, a uprzednio ustawa z dnia 18.09.01 r. o podpisie elektronicznym).

Tak jak ustaliła Izba pismo z dnia 23 września 2020 r. i jego załącznik z tej daty nie spełnia wymagań wskazanych przepisem. Zgłoszenie bowiem przystąpienia do postępowania odwoławczego w piśmie niepodpisanym, w tym przypadku nie spełnia wymogu formy papierowej i tym samym jest nieskuteczne. Uchybienie formie złożenia zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego jest nieusuwalnym brakiem formalnym. Tym samym Konsorcjum ZAZ nie mogło w stanie faktycznym sprawy w toku dalszego postępowania powoływać się na pisma z dnia 7 października 2020 r., które z kolei wykonawcy złożyli jako sprzeciw do decyzji Zamawiającego (o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania w tej sprawie), do którego złożenia wbrew wezwaniu z dnia 29 września 2020 r. Konsorcjum nie było uprawnione, albowiem wskazana korespondencja z dnia 23 września 2020 r. skierowana do Prezesa KIO (niepodpisana) nie prowadziła do uzyskania przez Konsorcjum statusu uczestnika postępowania odwoławczego. Tylko skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego jest czynnością wywołującą skutki procesowe w postaci uzyskania statusu uczestnika postępowania odwoławczego uprawnionego do wniesienia sprzeciwu co do

czynności zamawiającego uwzględniającej zarzuty odwołania w całości. Dodatkowo Izba wskazuje, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna - w przeciwieństwie do instytucji usunięcia braków formalnych odwołania (art. 187 ust. 3 ustawy Pzp) - co podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie - instytucji usunięcia braków formalnych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Reasumując, powyższe skutkowało koniecznością uznania zgłoszenia przystąpienia Konsorcjum ZAZ do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez wykonawcę „PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego sp. z o.o. z Gdańska za bezskuteczne.

Wobec powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca nie doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Podzielono tym samym, wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, że brak skutecznego, (zgodnego z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego należy traktować jako brak przystąpienia, o którym mowa w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Działając tym samym na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie. Orzekając o kosztach postępowania, Izba miała na uwadze art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018r, poz. 972).

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

.....