Sygn. akt: KIO 1923/22

POSTANOWIENIE
z dnia 4 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Ewa Sikorska

Maksym Smorczewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 4 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2022 r. przez wykonawcę EKOPRES S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść koszty postępowania odwoławczego wzajemnie i nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy EKOPRES S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1923/22

Zamawiający: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Budowa

dodatkowych ekranów akustycznych przy autostradzie A-1 Toruń - Stryków na odc. od Węzła Czerniewice do granicy województw kujawskopomorskiego i łódzkiego od km

163+900 do km 219+805”, nr ref: GDDKIA.O.BY.D-3.2421.23.2022.30.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2022 r. pod numerem 234718-2022-PL.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego: EKOPRES S.A. z siedzibą w Warszawie została przekazana w dniu 12 lipca 2022 r. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 22 lipca 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MR-CAT Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą w Górnie (dalej: „MR-CAT") oraz poprzedzających ją czynność odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechania odrzucenia oferty „MR-CAT".

Zaskarżonej czynności Odwołujący zarzucił naruszenie norm zawartych w przepisach:

1) art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub ZamPublU w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 1 ZamPublU, poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w dacie ważności gwarancji wadialnej i w konsekwencji nieprawidłowe dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo iż Odwołujący złożył gwarancję wadialną w sposób prawidłowy a stwierdzona w jej treści omyłka w dacie okresu ważności gwarancji „do 03.08.2022 r." była oczywistą omyłką pisarską, którą Zamawiający zobowiązany był poprawić;

2)

a) art. 226 ust. 1 pkt 3 ZamPublU w zw. z art. 16 pkt 1 ZamPublU, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez „MR-CAT", pomimo, iż wykonawca ten złożył ofertę (Formularz „Oferta" oraz Kosztorysy ofertowe wraz z Tabelą Elementów Scalonych) w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym, a nie jak wymaga tego, w postępowaniach o wartości równej lub wyższej niż progi unijne, art. 63 ust. 1 ZamPublU w zw. z art. 8 ust. 1 ZamPublU oraz art. 78(1) § 1 ustawy Kodeks cywilny, w formie elektronicznej tj. opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym;

b) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ZamPublU w zw. z art. 16 pkt 1 ZamPublU poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez „MR-CAT", pomimo, iż wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30.06.2022 r. (pismo znak: O/BY.D3.2421.23.2022.30.PK) do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w wyznaczonym terminie złożył podmiotowe środki dowodowe w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym a nie jak wymagają tego § 6 ust. 1 i 2 i § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie oraz pkt 16.8.2. i 16.8.3. SWZ przekazania dokumentu elektronicznego lub przekazania cyfrowego odwzorowania dokumentu wystawionego w postaci papierowej opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym; ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutu pkt 2) lit a) lub b):

c) art. 226 ust. 1 pkt 4 ZamPublU w zw. z art. 16 pkt 1 ZamPublU, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez „MR-CAT", pomimo, iż wykonawca ten złożył ofertę (Formularz „Oferta" oraz Kosztorysy ofertowe wraz z Tabelą Elementów Scalonych) nieważną w świetle art. 63 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ZamPublU oraz art. 73 § 1 i 78(1) § 1 ustawy Kodeks cywilny, albowiem nie została ona złożona w formie elektronicznej, dla której to formy ww. przepisy zastrzegają rygor nieważności; oraz ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutu pkt 2) lit a) lub b) lub c):

d) art. 239 ust. 1 ZamPublU w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ZamPublU poprzez przyznanie maksymalnej ilości punktów (łączne 40 pkt) ofercie „MR-CAT" w Podkryterium 1 „Okres gwarancji jakości" oraz Podkryterium 2 „Doświadczenie Kierownika Robót", pomimo, iż wykonawca ten złożył ofertę - Formularz „Kryteria pozacenowe" stanowiącą podstawę dla oceny ofert w kryteriach pozacenowych w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym, a nie jak wymaga tego pkt 16.5. ppkt 2), pkt 16.8.1. oraz pkt 21.1.2.1-3. SWZ

(Tom I) oraz art. 63 ust. 1 ZamPublU w zw. z art. 73 §1 i art. 78(1) ustawy Kodeks cywilny - pod rygorem nieważności - w postępowaniach o wartości równej lub wyższej niż progi unijne, w formie elektronicznej tj. opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Z uwagi na powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie powtórnego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu;

2) unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i nakazanie poprawienia daty ważności gwarancji wadialnej z „03.08.2022 r." na „03.09.2022 r." jako oczywistej omyłki pisarskiej;

3) odrzucenie oferty złożonej w Postępowaniu przez „MR-CAT"; ewentualnie - w przypadku oddalenia odwołania w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty „MR-CAT" - dokonanie powtórnej oceny ofert w podkryteriach pozacenowych „Okres gwarancji jakości" oraz „Doświadczenie Kierownika Robót" oraz przyznanie ofercie złożonej przez tego wykonawcę w tych podkryteriach po 0 pkt;

4) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 522 ust.3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 2 sierpnia 2022 r. przed wyznaczoną rozprawą do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w części z wnioskiem o oddalenie odwołania w pozostałej części.

Nadto, w dniu 3 sierpnia 2022 r. przed wyznaczoną rozprawą wpłynęło oświadczenie Odwołującego o wycofaniu odwołania w zakresie pozostałych zarzutów z wnioskiem o umorzenie postępowania odwoławczego i o dokonanie zwrotu uiszczonego wpisu od odwołania.

Jednocześnie należy wskazać, że zgodnie z art.525 ust. 1 cyt. 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.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zostało wprawdzie dokonane, jednak bezskutecznie z tego powodu, że wykonawca My Way K. S., Szadłowice 63, 88-140 Gniewkowo nie wskazał jednej strony do której przystępuje, lecz wskazał dwie strony zarówno Zamawiającego, jak i Odwołującego.

Wymaga wskazania, że powołany wyżej przepis art.525 ust.1 ustawy Pzp daje prawną możliwość zgłoszenia przystąpienia do postępowania po jednej stronie, nie przewidując dopuszczalności takiego zgłoszenia w stosunku do dwóch stron mających przeciwstawne interesy.

Niezależnie od powyższego, Izba stwierdziła, że załączone do przystąpienia pełnomocnictwo ma charakter ogólny, z którego nie wynika czy istnieje umocowanie w tej konkretnej sprawie do zastępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą (brak pełnomocnictwa rodzajowego). Z powyższych względów Izba uznała zgłoszone przystąpienie do

postępowania odwoławczego za bezskuteczne.

Zgodnie z art.522 ust.3 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść przepisu art.574 i 576 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

Ze wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu,

- w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.568 pkt 3 w związku z art. 522 ust.1 zd.1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....