

POSTANOWIENIE
z dnia 25 listopada 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 25 listopada 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2020 roku przez Odwołującego Iris Investmens Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gorzowski Ośrodek Technologiczny Park Naukowo-Przemysłowy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim

przy udziale wykonawcy Gotech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2884/20 po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego Iris Investmens spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Iris Investmens spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim w Warszawie 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 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 Gorzowie Wielkopolskim.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gorzowski Ośrodek Technologiczny Park Naukowo-Przemysłowy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Remont i przebudowa budynku biurowego” zamówienie realizowane w ramach projektu pt. „Stworzenie w Gorzowie Wielkopolskim inkubatora przedsiębiorczości — Think Tank - stanowiącego platformę wsparcia zawierającą zestaw proinnowacyjnych, profesjonalnych usług dla lubuskich przedsiębiorstw ” (zwane dalej postępowaniem).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 575370-N-2020 z dnia 19 sierpnia 2020 r. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia poniżej kwot określonych w art. 11 ust. 8 na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1834 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

W dniu 4 listopada 2020 roku do Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Iris Investments Spółka z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, zwanego dalej Odwołującym wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- a) wyborze najkorzystniejszej oferty
- b) wykluczeniu Odwołującego z postępowania
- c) odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie:

1. art. 2 ust. 7a Pzp - poprzez jego błędną wykładnię i dokonanie oceny treści oferty Odwołującego z rażącym pominięciem celu postępowania, jakim jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą,
2. art. 7 ust. 1 i ust. 2 Pzp - poprzez jego niezastosowanie i przygotowanie oraz przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz wykonywanie czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia przez osoby, które nie zapewniały bezstronności i obiektywizmu,
3. art. 17 ust. 1 pkt 14 Pzp - poprzez jego niezastosowanie i brak wyłączenia osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które pozostają

- z Odwołującym w takim stosunku prawnym lub Taktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób,
4. art. 24 ust. 5 pkt 3 Pzp - poprzez jego niezastosowanie brak wykluczenia przez Zamawiającego wykonawcy w sytuacji gdy wykonawca lub osoby, o których mowa w ust. 1 pkt 14, uprawnione do reprezentowania wykonawcy pozostają w relacjach określonych w art. 17 przesłanki wyłączenia z udziału w czynnościach w postępowaniu ust. 1 pkt 2-4 z:
 - a) zamawiającym,
 - b) osobami uprawnionymi do reprezentowania zamawiającego,
 - c) członkami komisji przetargowej,
 - d) osobami, które złożyły oświadczenie, o którym mowa w art. 17 przesłanki wyłączenia z udziału w czynnościach w postępowaniu ust. 2a,
 5. art. 22a ust. 3 Pzp - poprzez jego niezastosowanie i błędny brak zbadania, w identyczny jak w stosunku do Odwołującego sposób, czy podmioty trzecie, na potencjał których powoływał się Odwołujący w zakresie doświadczenia - wykonanie elewacji budynku w formie fasady o konstrukcji aluminiowej o pow. min. 300 m² spełniają wskazane w SIWZ warunki,
 6. art. 22a ust. 6 Pzp - poprzez błędne niezastosowanie i brak zażądania od Odwołującego zastąpienia podmiotu trzeciego, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu, o którym mowa w ust. 1 Pzp. nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, innym podmiotem lub podmiotami lub, ewentualnie, zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1 Pzp.,
 7. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i błędne uznanie, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż nie wykazał spełnienia warunku do udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia - wykonanie elewacji budynku w formie fasady o konstrukcji aluminiowej powierzchni minimum 300 m² podczas gdy Odwołujący wykazał spełnienie powyższego warunku powołując się na takie podmioty trzecie jak Zen Aluminium Sp. z o.o., BP-Metal Sp. z o.o. i przedkładając Zamawiającemu odpowiednie referencje,
 8. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i błędne uznanie, iż:
 - a) Odwołujący podlega wykluczenia z postępowania, gdyż powoływał się na nieprawdziwe informacje, iż w ramach inwestycji Dworska 13 Konstancin - Jeziorna zrealizowano roboty budowlane, roboty sanitarne i roboty elektryczne o wartości nie mniejszej niż 10.000.000,00 zł brutto, podczas gdy są to informacje

prawdziwe i w rzeczywistości wskazana inwestycja wynosiła ponad 20.000.000,00 zł brutto,

- b) Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż z wyniku rażącego niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć wpływa na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
8. naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp - poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie utrudniałby uczciwej konkurencji,
 9. § 2 ust 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r., w sprawie rodzajów dokumentów, zwane dalej „rozporządzenie”, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie i niezwrócenie się przez Zamawiającego do podmiotu trzeciego R. D. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PPHU Redan w celu ustalenia, m.in czy wykonane przez nią, a wskazane w zał. nr 5 do SIWZ roboty budowlane były wykonane należycie. Tak jak Zamawiający uczynił to zgłaszając się bezpośrednio do PPHU „MATEXIM“ H. i wspólnicy spółka jawna,
 10. art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 4 Pzp - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na wyznaczeniu przez Zamawiającego zbyt krótkiego obiektywnie niemożliwego do dochowania - terminu na złożenie wskazanych przez Zamawiającego dokumentów i wyjaśnień, podczas gdy z powyższych przepisów wynika, że termin ten winien być odpowiedni, tj. realnie umożliwiający realizację wezwania przez wykonawcę ewentualnie poprzez błędne niezastosowanie i brak wezwania Odwołującego do złożenia oświadczenia o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp., oświadczeń, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania,
 11. art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie z powodu błędnego uznania, że zaszły przesłanki skutkujące wykluczeniem Odwołującego z przetargu, podczas gdy Odwołujący w treści uzasadnienia niniejszego Odwołania wyraźnie wskazuje, że żadna z powołanych przez Zamawiającego rzekomych przesłanek uzasadniających wykluczenie Odwołującego nie miała miejsca, a zatem nie było podstaw do jego wykluczenia z przetargu,
 12. art. 89 ust. 1 pkt 7a i ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 85 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i błędne uznanie, że Odwołujący dopuścił do sytuacji upadku związania złożoną przez niego ofertą co doprowadziło do błędnego wykluczenia Odwołującego z przetargu,
 13. art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, polegające na bezpodstawnym wyborze oferty wykonawcy ubiegających

się o udzielenie zamówienia GOTECH Sp. z o.o. podczas gdy za najkorzystniejszą ofertę w Postępowaniu winna być uznana oferta Odwołującego.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- a) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
- b) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- c) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- d) nakazania Zamawiającemu dokonania czynności powtórzenia badania i oceny oferty z udziałem oferty Odwołującego, a w tym ponownego wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia oraz wyjaśnienia dokumentów we wcześniej wskazanym zakresie.
- e) o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Dnia 6 listopada 2020 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Gotech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, wnosząc o oddalenie odwołania .

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 w związku z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu. Zgodnie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy odwołujący zobowiązany jest do przesłania kopii odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania, Zamawiający podniósł, iż w dniu 4 listopada 2020 roku, został powiadomiony przez Odwołującego drogą elektroniczną o wniesieniu odwołania. Przesłane odwołanie było niekompletne, brakowało

stron w uzasadnieniu odwołania, na co wskazywała strona 20 (ostatnia z przesłanych) kończąca się niezakończonym zdaniem.

Zamawiający poinformował Odwołującego o przesłaniu niekompletnego odwołania, na co Odwołujący w dniu 6 listopada 2020 r. (już po upływie terminu na wniesienie odwołania) przesłał Zamawiającemu pełną treść odwołania.

Podczas posiedzenia Zamawiający okazał korespondencję mailową prowadzoną z Odwołującym oraz mail z 4 listopada 2020 r., w którym Odwołujący poinformował Zamawiającego o wniesieniu odwołania. Do wiadomości załączony został zeskanowany dokument - Odwołanie, wniesione 4 listopada 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zawierające str. 1-20. Zamawiający okazał również korespondencję mailową otrzymaną od Odwołującego 6 listopada 2020 r. zawierającą pełną treść odwołania, tj. 1-23 strony.

Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie, iż przed terminem właściwym do wniesienia odwołania przesłał Zamawiającemu odwołanie w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z pełną jego treścią przed upływem tego terminu.

Przypomnienia wymaga, że obowiązek przesłania kopii odwołania ma na celu umożliwienie Zamawiającemu, zapoznania się z treścią odwołania, w tym z podniesionymi zarzutami i żądaniami, a także przytoczoną argumentacją umożliwiającą uwzględnienie odwołania (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp). Słownik języka polskiego definiuje pojęcie „kopii” m. in. jako „rzecz dokładnie odtworzoną z oryginału”, a zatem kopia odwołania przesłana Zamawiającemu, powinna być wiernym odtworzeniem odwołania złożonego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, winna być kompletna i pełna w swej treści.

Dostrzec należy, że to Odwołujący decyduje o zawartości odwołania, o prowadzonej argumentacji, o kształcie odwołania, stanowiących istotny element konstrukcyjny odwołania. Zamawiający nie mając pełnej treści odwołania, pozbawiony jest możliwości odniesienia się do argumentacji przywołanej na brakujących stronach w zakresie podnoszonych zarzutów. Zatem tylko poznanie całości wskazanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych, poznanie pełnego uzasadnienia podniesionych zarzutów, pozwala na prawidłową ocenę okoliczności, co do których Zamawiający może uwzględnić odwołanie.

W tym stanie rzeczy, jak słusznie podniósł Zamawiający, stwierdzić należy, iż Odwołujący nie przesłał Zamawiającemu pełnej treści odwołania, tym samym pozbawił Zamawiającego możliwości odniesienia się do stawianych zarzutów. Odwołujący na str. 21-23 odwołania zawarł merytoryczne uzasadnienie zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 7a, art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 85 ust. 2 i art. 7 ust 1 Pzp oraz 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, zatem zobowiązany był do ich przekazania Zamawiającemu zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp. Pod pojęciem „treści odwołania” należy rozumieć bowiem ogół informacji na temat istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania

okoliczności faktycznych i prawnych, podawanych przez odwołujących, odnoszących się do stawianych zarzutów i podawanych na ich poparcie. Zamawiający przez otrzymanie kopii odwołania winien uzyskać wszystkie informacje odnoszące się do jego meritum, pozwalające na ocenę zasadności stawianych zarzutów i twierdzeń. Jest to związane z instytucją uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Zamawiający może w pełni ocenić zasadność odwołania i zdecydować o jego uwzględnieniu tylko wówczas, gdy będzie posiadał wszystkie tego typu informacje.

Izba wskazuje, że w celu zrealizowania obowiązku wynikającego z art. 180 ust. 5 Pzp, Odwołujący zobligowany był do przekazania Zamawiającemu kopii odwołania najpóźniej w dniu 4 listopada 2020 r. Tymczasem strony 21, 22 i 23 odwołania przesłane zostały Zamawiającemu dnia 6 listopada 2020 r., tj. z uchybieniem terminu wynikającego z art. 180 ust. 5 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy, co obliguje Izbę zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp do odrzucenia odwołania.

Podkreślenia wymaga, że termin określony ustawą na przekazanie Zamawiającemu kopii odwołania nie podlega przywróceniu a jego niedotrzymanie skutkuje koniecznością odrzucenia odwołania.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że Odwołujący nie przesłał Zamawiającemu kopii odwołania, jak wymaga tego przepis art. 180 ust. 5 ustawy Pzp wobec czego, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp orzekł jak w sentencji, odrzucając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

Przewodniczący: