

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 4 sierpnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**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:.....**

.....

.....

## **Uzasadnienie**

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 Górnicy (dalej: „MR-CAT”) oraz poprzedzających ją czynności 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 (łącznie 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 wnosil 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 uiszczanego 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Ze wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, 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 uiszczony 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:**.....

.....

.....