

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 5 listopada 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:** Ewa Sikorska

**Protokolant:** Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 5 listopada 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2020 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Ann-Pol Inwestycje 3 Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Ann-Pol Inwestycje 1 Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Ann-Pol Inwestycje 4 Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Ann-Pol Inwestycje 9 Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Ann-Pol Inwestycje 19 Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Ann-Pol Inwestycje 21 Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – 31 Bazę Lotnictwa Taktycznego w Poznaniu**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „FACTUM” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy, FACTUM Usługi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**,
- B. wykonawcy **Z. N.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego**

**postanawia**

**1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Ann-Pol Inwestycje 3 Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, Ann-Pol Inwestycje 1 Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, Ann-Pol Inwestycje 4 Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, Ann-Pol Inwestycje 9 Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, Ann-Pol Inwestycje 19 Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, Ann-Pol Inwestycje 21 Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu kwoty 15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) stanowiącej równowartość uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych ( Dz. U. z 2019 roku, 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 **Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa – 31 Baza Lotnictwa Taktycznego w Poznaniu - działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą P.z.p.”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest obsługa kotłowni opalanych paliwem stałym.

W dniu 7 września 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Ann-Pol Inwestycje 3 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ann-Pol Inwestycje 1 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ann-Pol Inwestycje 4 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ann-Pol Inwestycje 9 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ann-Pol Inwestycje 19 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ann-Pol Inwestycje 21 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie od czynności zamawiającego w zakresie części I, II, III polegających na :

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum PPHU "FACTUM" sp. z o.o. z siedzibą ul. Zygmunta Augusta 5 m.3 85-020 Bydgoszcz oraz Factum Usługi sp. z o.o. z siedzibą ul. Zygmunta Augusta 5 m.3 85-020 Bydgoszcz, (dalej: „konsorcjum” lub „przystępujący FACTUM”), pomimo iż konsorcjum umyślnie wprowadziło zamawiającego w błąd, składając fałszywe oświadczenia, ukrywając tym samym niespełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu;

2. błędnej ocenie i niewystarczającej weryfikacji złożonych w odpowiedzi na wezwanie przez konsorcjum dokumentów, przez błędne uznanie iż konsorcjum udowodniło, iż spełnia ono postawione przez zamawiającego niezbędne warunki udziału w postępowaniu,

3. zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego FACTUM,

4. zaniechaniu wykluczenia przystępującego FACTUM z przedmiotowego postępowania,

5. podejmowaniu czynności w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy P.z.p. poprzez stworzenie sytuacji, w której porównanie ofert nie jest możliwe,

6. zaniechaniu dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zad. 2 i 3 oraz zbadania tejże oferty pod kątem spełniania warunków udziału w ww. postępowaniu,

7. zaniechaniu wybrania oferty odwołującego w zakresie zad. 1 w ww. postępowaniu. mimo złożenia przezeń najkorzystniejszej oferty.

W związku z powyższymi postanowieniami odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie :

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu w sytuacji, gdy jej treść jest niezgodna z ustawą,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez nieodrzucenie oferty konsorcjum, które podlega wykluczeniu i tym samym jego oferta podlega odrzuceniu,

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez niewykluczenie z postępowania konsorcjum, mimo iż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu określonych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (brak palaczy w wykazie z uprawnieniami na żurawika w związku z fałszywym oświadczeniem)

4. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. poprzez niewykluczenie z postępowania konsorcjum, mimo iż składane przez konsorcjum oświadczenia i dokumenty poświadczają nieprawdę i tym samym wprowadzają Zamawiającego w błąd co do spełniania przez konsorcjum warunków udziału w postępowaniu (wprowadzenie w błąd dot. fałszywego oświadczenia)

5. art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 419 z późn. zm) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę w sytuacji, gdy jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum z postępowania we wszystkich zadaniach,

2. nakazanie zamawiającemu wykluczenie konsorcjum z postępowania i tym samym odrzucenie jego oferty,

3. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownej oceny ofert w zakresie zadania 2 oraz zadania 3 i zbadania oferty najkorzystniejszych pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu,

4. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownej oceny ofert w zakresie zadania 1 i w związku z tym wybór oferty odwołującego,

5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „FACTUM” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy, FACTUM Usługi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca Z. N. .

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 października 2020 roku zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty odwołania.

Pismem z dnia 26 października 2020 roku Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał przystępującego FACTUM do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania, w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania, pod rygorem umorzenia postępowania.

Przystępujący FACTUM w dniu 28 października 2020 roku złożył pismo procesowe, w którym oświadczył, że wnosi o oddalenie odwołania i oświadczył, że podtrzymuje wszystkie twierdzenia, zarzuty oraz wnioski zawarte w oświadczeniu o przystąpieniu do postępowania odwoławczego oraz w replice na stanowisko odwołującego, które zostało złożone na oświadczenie o przystąpieniu w postępowaniu z wnioskiem o oddalenie odwołania wraz z zasądzeniem kosztów postępowania. Przystępujący FACTUM przedstawił jednocześnie merytoryczne uzasadnienie swojego stanowiska w sprawie. W złożonym piśmie przystępujący FACTUM nie złożył oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

**Izba zważyła, co następuje:**

Wykonawca, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i nie zgadza się z uwzględnieniem przez zamawiającego zarzutów

odwołania, może wnieść sprzeciw wobec tego uwzględnienia. Możliwość wniesienia sprzeciwu wynika z art. 186 ust. 4 ustawy P.z.p., zgodnie z którym, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba rozpoznaje odwołanie. Sprzeciw, zgodnie z art. 186 ust. 5 ustawy P.z.p., wnosi się w formie pisemnej lub ustnie do protokołu. Zgodnie z § 13 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r., poz. 1092 ze zm.), w zależności od poczynionych ustaleń faktycznych skład orzekający Izby wzywa uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu albo co do uwzględnienia w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, jeżeli odwołujący w pozostałej części wycofał zarzuty odwołania, w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego.

Izba wskazuje, że stanowisko zawarte w piśmie z dnia 28 października 2020 roku nie zawierało oświadczenia w kwestii sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Wniesienie sprzeciwu jest czynnością podejmowaną w postępowaniu odwoławczym, której skutkiem jest ukształtowanie pozycji procesowej uczestnika dokonującego tej czynności. Tym samym oświadczenie w kwestii wniesienia sprzeciwu nie powinno być domniemywane na podstawie treści zawartych w pismach i oświadczeniach składanych przez wykonawcę w toku postępowania odwoławczego, lecz powinno zostać wyrażone wprost jako „sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu”. Z wniesieniem sprzeciwu ustawa P.z.p wiąże bowiem szereg skutków prawnych i procesowych, w tym brak możliwości wykonania, powtórzenia lub unieważnienia przez zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów czy obciążenie wnoszącego sprzeciw kosztami postępowania odwoławczego w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę (art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy P.z.p.).

Odnosząc się do stanowiska przystępującego FACTUM w zakresie nadmiernego formalizmu odwołującego, który wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego, Izba podkreśla, że postępowanie odwoławcze istotnie cechuje się dość wysokim formalizmem. Podkreślenia jednak wymaga, że przystępującego, z uwagi na profesjonalny charakter jego działalności, obowiązuje podwyższona staranność. Owa staranność obejmuje również czynności podejmowane w postępowaniu odwoławczym, które charakteryzuje się wysokim stopniem sformalizowania. Niemniej jednak wykonawca przystępujący do takiego

postępowania winien znać obowiązujące w tym zakresie przepisy i zasady z nich wynikające i stosować je przy dokonywanych czynnościach.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy P.z.p., jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy P.z.p., orzekając o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczzonego przez odwołującego się na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

**Przewodniczący: .....**