

**Sygn. akt: KIO 663/18**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 19 kwietnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:** Monika Szymanowska

**Protokolant:** Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 19 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Aspello Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu ul. Technologiczna 2, 45 - 839 Opole i Netgis - Sp. z o. o. z siedzibą w Opolu ul. Technologiczna 2, 45 - 839 Opole, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Milicz ul. Trzebnicka 2, 56 - 300 Milicz

przy udziale wykonawcy GISON Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Chmieleniec 18 lok. 12, 30 – 348 Kraków, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Aspello Sp. z o.o., ul. Technologiczna 2, 45 - 839 Opole i Netgis - Sp. z o. o., ul. Technologiczna 2, 45 - 839 Opole, kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczonej przez powyższych tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

### do postanowienia z dnia 19 kwietnia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 633/18

Zamawiający Gmina Milicz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozwój e-usług wewnątrzadministracyjnych Gminy Milicz”, o numerze nadanym przez zamawiającego IF.271.7.3.2018, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 lutego 2018 r. pod numerem 522184-N-2018, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 9 kwietnia 2018 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum Aspello Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu ul. Technologiczna 2, 45 - 839 Opole i Netgis - Sp. z o. o. z siedzibą w Opolu ul. Technologiczna 2, 45 - 839 Opole, dalej zwani jako „odwołujący”. W odwołaniu postawiono zamawiającemu zarzuty dotyczące naruszenia następujących przepisów (pisownia oryginalna):

1. art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 i art. 90 ust. 2 p.z.p. przez błędne uznanie, iż oferta GISON sp. z o. o. nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji nieodrzuconie tejże oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz przez błędne uznanie, że GISON sp. z o.o. wykazał w sposób dostateczny, że oferta przez niego złożona nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 7 ust. 1 p.z.p. przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowane uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

na wypadek nieuznania przez KIO zarzutu pierwszego zarzucam zamawiającemu naruszenie również innych przepisów ustawy mających istotny wpływ na wynik postępowania tj.:

3. art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 1 b pkt 3 p.z.p. poprzez błędne uznanie przez zamawiającego, iż GISON sp. z o. o. wykazała spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie opisanych w rozdziale V pkt 3.1.1. SIWZ oraz w rozdziale V pkt 3.1.2. SIWZ w zakresie dysponowania specjalistą ds. relacyjnej bazy danych GIS;

4. art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. przez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy GISON sp. z o. o., który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego przez zamawiającego opisanych w rozdziale V pkt 3.1.1. SIWZ oraz w rozdziale V pkt 3.1.2. SIWZ w zakresie dysponowania specjalistą ds. relacyjnej bazy danych GIS, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu;
5. art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. przez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy GISON sp. z o. o., który przedstawił informacje mogące wprowadzać w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
6. art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty GISON sp. z o. o., mimo, że oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;
7. art. 91 ust. 1 p.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty GISON sp. z o. o. mimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej oraz przedstawił informacje mogące wprowadzać w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. lub art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., a jego oferta odrzuceniu.

Wobec powyższych zarzutów odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie dokonania ponownego badania i oceny ofert, połączonego z odrzuceniem oferty wykonawcy GISON sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. i dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zaś na wypadek nieuznania przez Izbę ww. wniosku odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia z udziału w postępowaniu, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., wykonawcy GISON sp. z o.o., z powodu przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oraz dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, lub
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia z udziału w postępowaniu, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt

12 p.z.p., wykonawcy GISON sp. z o.o., z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 3.1.1. SIWZ oraz w rozdziale V pkt 3.1.2. SIWZ, w zakresie dysponowania specjalistą ds. relacyjnej bazy danych GIS oraz dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego z tytułu uiszczanego wpisu, opłat skarbowych od pełnomocnictw oraz wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunku przedstawianego na rozprawie.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przedstawił okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie środka ochrony prawnej.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 p.z.p. dopuszczono do udziału w sprawie, jako uczestnika postępowania odwoławczego, wykonawcę GISON Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Chmieleniec 18 lok. 12, 30 – 348 Kraków, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – dalej jako „przystępujący”.

W dniu 16 kwietnia 2018 r. do Izby wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie zawierająca oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości (pismo z dnia 16 kwietnia 2018 r. w aktach sprawy). Przedmiotowe oświadczenie złożyła osoba właściwie umocowana do reprezentacji zamawiającego.

Na wyznaczonym posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, które odbyło się 19 kwietnia 2018 r. stawili się jedynie odwołujący, zamawiający oraz uczestnik postępowania odwoławczego nie stawili się. Izba stwierdziła, że zarówno zamawiający jak i przystępujący zostali prawidłowo powiadomieni o terminie posiedzenia (potwierdzenia odbioru zawiadomień z odpowiednio 11 oraz 13 kwietnia 2018 r. w aktach sprawy).

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 p.z.p., które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 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 przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.”*

Przesłankami obligującymi Izbę do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego, które muszą zaistnieć łącznie są 1) skuteczne oświadczenie woli zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu oraz 2) brak oświadczenia przystępującego co do wniesienia sprzeciwu względem autorewizji zamawiającego.

Sprzeciw, zgodnie z art. 186 ust. 5 p.z.p., przystępujący wnosi w formie pisemnej lub ustnie do protokołu. Warto nadmienić, iż Ustawodawca nie dokonał szczegółowej regulacji terminu w jakim przystępujący może złożyć oświadczenie o sprzeciwie. Nie budzi to jednak wątpliwości interpretacyjnych, gdyż termin ten skorelowany jest ze skutkami procesowymi określonymi w ustawie, w zależności od etapu, na którym znajduje się postępowanie odwoławcze w chwili uwzględnienia odwołania przez zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt postępowania zainicjowanego odwołaniem należy uznać, że zamawiający w piśmie z 16 kwietnia 2018 r. w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zaś przystępujący nie stawiał się na posiedzeniu 19 kwietnia 2018 r.

W tym stanie rzeczy moment zamknięcia posiedzenia Izby stanowił termin stanowczy na złożenie oświadczenia o sprzeciwie wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Zaznaczyć należy, iż jest to etap, na którym zapada decyzja Izby o skierowaniu odwołania do rozpoznania na rozprawie, zaś do tego konieczne jest istnienie w sprawie sporu, który Izba może rozstrzygnąć. Wniesienie sprzeciwu przez przystępującego stanowi zatem *conditio sine qua non* kontynuacji postępowania odwoławczego w sytuacji, gdy zamawiający uznaje za zasadne zarzuty postawione przez odwołującego, gdyż skutkiem prawnym braku sprzeciwu uczestnika postępowania jest materialny zanik sporu, będącego warunkiem możliwości wydania merytorycznego rozstrzygnięcia w kontrydiktoryjnym procesie. Wobec braku oświadczenia przystępującego sprawa nie zostanie skierowana na rozprawę, a więc Izba zobligowana jest, w związku z brakiem możliwości wydania orzeczenia merytorycznego, do podjęcia rozstrzygnięcia formalnego poprzez umorzenie postępowania odwoławczego.

Zaznaczyć również należy, iż instrument w postaci możliwości zgłoszenia sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości odwołania przez zamawiającego, wprowadzony został przez Ustawodawcę w celu ochrony interesu wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący GISON Sp. z o.o. miał więc możliwość stawienia się na posiedzeniu i skorzystania z prawa do wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania, a także wykazania, że złożona przez niego oferta jest zgodna

z treścią SIWZ i winna pozostać wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

Przystępujący nie stawiał się na posiedzeniu, co należało poddać ocenie przez przyzmat § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2017, poz. 14), który stanowi, że „*Niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania.*” Przepis ten na mocy § 3 wyżej wskazanego rozporządzenia stosuje się odpowiednio do posiedzeń.

W ocenie Izby niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionego przystępującego na posiedzeniu stanowi o *de facto* rezygnacji z czynnego uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym, a także wyczerpuje drugą przesłankę - braku zgłoszenia sprzeciwu, o której mowa w art. 186 ust. 3 p.z.p. Tym samym w analizowanej sprawie podzielono stanowisko już uprzednio wyrażane przez Izbę w podobnych sytuacjach, m.in. postanowieniu z dnia 7 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2214/16, postanowieniu z dnia 1 grudnia 2015 r. (sygn. akt KIO 2534/15), w postanowieniu z dnia 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), postanowieniu z dnia 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), postanowieniu z 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14), postanowieniu z dnia 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1575/10), postanowieniu z dnia 21 września 2015 r. (sygn. akt KIO 1963/15) oraz postanowienia z dnia 25 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 700/17).

W wywiedzionym stanie faktycznym i prawnym Izba stwierdziła spełnienie przesłanek opisanych w dyspozycji art. 186 ust. 3 p.z.p. i zobligowana była postępowanie umorzyć, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie na mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 p.z.p. Jednocześnie Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu kwoty uiszczanego wpisu, z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....