

Sygn. akt: KIO 1846/18

POSTANOWIENIE
z dnia 28 września 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniach 24 i 28 września 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2018 roku przez – wykonawcę **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego działa Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. Oddział Zakład Gazowniczy w Kielcach**

przy udziale wykonawcy **SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą kwotę uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcy **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Kielcach**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 14 września 2018 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp”, odwołanie złożył wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, dalej: „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, na sprawowanie kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pod nazwą „Budowa gazociągu relacji Sandomierz - Ostrowiec Świętokrzyski” - zamówienie sektorowe, prowadzi Zamawiający Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego działa Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. Oddział Zakład Gazowniczy w Kielcach. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2018/S 062-138348.

Odwołanie wniesiono wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez SGS Polska Sp. z o.o. oraz zaniechaniu czynności wskazanych w odwołaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp (ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36a ust. 1 Pzp w zw. z art. 36b ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia SGS pomimo, że oferta jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp (ewentualnie treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - SIWZ,), bowiem w toku oceny i badania ofert wybrany Wykonawca dokonał zmiany treści oferty w zakresie pod wykonawstwa;

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36a ust. 1 Pzp w zw. z art. 36b ust. 1 Pzp w zw. z pkt 6.1.2.2.2 SIWZ poprzez zaniechania odrzucenia oferty SGS pomimo, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na brak wskazania w wybranej ofercie w formularzu ofertowym i w formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) podmiotu posiadającego pozwolenie do prowadzenia nadzoru saperskiego;

3) art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 22a ust. 1 Pzp w zw. z pkt 6.1.2.2.2. SIWZ poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania SGS do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w zakresie polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów oraz przedstawienia zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. K.G., do oddania do dyspozycji SGS niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, skoro SGS

wskazał K.G. jako podwykonawcę, to jest to równoznaczne z tym, że K.G. nie stanowi zasobu własnego SGS;

4) art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Ppzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 ze zm. - dalej uznk), poprzez automatyczną, niepoprzedzoną należną analizą okoliczności faktycznych i stanu prawnego, ocenę skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa a) wykazu osób oraz b) wyjaśnień SGS w zakresie wskazania, którego stopnia jest stacja gazowa wskazana w JEDZ oraz dowodach potwierdzających spełnienie warunku określonego w punkcie 6.1.2.2.1 lit. b SIWZ; c) a z ostrożności uzasadnienia utajnienia wyjaśnień, w sytuacji gdy zastrzeżone informacje nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, względnie okoliczność ta nie została przez wykonawcę wykazana, czym Zamawiający w znacznym stopniu ogranicza realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu na mocy ustawy Pzp środków ochrony prawnej;

5) art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25a ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z pkt 6.1.2.2.1. lit. b SIWZ, ewentualnie art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania SGS do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.1.2.2.1. lit. b SIWZ (ewentualnie do wyjaśnienia przedłożonych dokumentów), ponieważ przedstawiony przez SGS dowód (list referencyjny wystawiony przez Regionalne Przedsiębiorstwo Gazowe LwówGaz) nie potwierdza, że usługi nadzoru zostały wykonane należycie, tj. zgodnie z przepisami prawa i zostały prawidłowo ukończone;

6) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z pkt 7.1.6. SIWZ poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia SGS podczas gdy Wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił wprowadzające w błąd Zamawiającego informacje dotyczące spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.1.2.2.1. lit. b SIWZ (list referencyjny wystawiony przez Regionalne Przedsiębiorstwo Gazowe LwówGaz nie potwierdza, że usługi nadzoru zostały wykonane należycie), zatem informacje te miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w tym nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty SGS i wykluczenie SGS z postępowania;

4) udostępnienie Odwołującemu informacji zastrzeżonych przez SGS jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wykazu osób oraz wyjaśnień SGS w zakresie wskazania, którego stopnia jest stacja gazowa wskazana w JEDZ oraz dowodach potwierdzających spełnienie warunku określonego w punkcie 6.1.2.2.1 lit. b SIWZ.

Odwołujący zaznaczył, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ złożył ofertę w postępowaniu, która nie została odrzucona, ma zatem szansę na uzyskanie zamówienia. Jednocześnie wskazane w odwołaniu naruszenia przepisów przez Zamawiającego powodują możliwość poniesienia szkody z uwagi na brak możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji możliwą utratę korzyści związanych z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została przesłana w dniu 4 września 2018 r. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, dlatego odwołanie czyni zadość wymaganiom art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp. Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię odwołania i uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało braków formalnych.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia złożył wykonawca **SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**. Izba uznała skuteczność przystąpienia po stronie Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 27 września 2018 roku na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp złożył odpowiedź na odwołanie, w której uznał zarzuty odwołania w części. Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu 6 i wskazał, że unieważni czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczy Przystępującego z postępowania i odrzuci jego ofertę, powtórzy czynność badania i oceny ofert oraz udostępni Odwołującemu informacje nieprawidłowo zastrzeżone w ofercie i wyjaśnieniach Przystępującego.

W dniu 28 września 2018 roku, Przystępujący prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia i rozprawy nie stawił się na wyznaczony termin. Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, Przystępujący po stronie Zamawiającego miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów. Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne

stanowiska procesowe co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolna rezygnacja z udziału w tej fazie postępowania odwoławczego oznacza rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów. Tym samym w analizowanej sprawie podzielono stanowisko już uprzednio wyrażane przez Izbę w podobnych sytuacjach, m.in. w postanowieniu z 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), postanowieniu z 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), postanowieniu z 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14), postanowieniu z 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1575/10) i postanowieniu z 21 września 2015 r. (sygn. akt KIO 1963/15).

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, że pozostałych zarzutów odwołania nie będzie podtrzymywał i cofa je.

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3a ustawy Pzp – należało umorzyć.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności, w taki sposób, który uczyni zadość postulatом postawionym w odwołaniu.

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska Odwołującego uznał w części słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił w części odwołanie, natomiast w pozostałym zakresie Odwołujący cofnął zarzuty, natomiast Przystępujący nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnionych zarzutów, to stwierdzić należy, że - stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3a ustawy Pzp, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, Odwołujący zaś cofnął pozostałe zarzuty,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy, którzy nie skorzystali z prawa do złożenia sprzeciwu

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 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 zmianami).

Przewodniczący: