

Sygn. akt: KIO 1781/19

POSTANOWIENIE

z dnia 27 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **27 września 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 września 2019 r.** przez wykonawcę **Usability Lab Sp. z o. o., ul. Kazimierza Wielkiego 7/5, 65-047 Zielona Góra** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Ekspertyz Sądowych im. Prof. dra Jana Sehna, ul. Westerplatte 9, 31-033 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Aspello Sp. z o.o., ul. Technologiczna 2, 45-839 Opole** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Usability Lab Sp. z o. o. ul. Kazimierza Wielkiego 7/5 65-047 Zielona Góra** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Wykonanie i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego do zarządzania działalnością opiniodawczą Instytutu Ekspertyz Sądowych im. Prof. dra Jana Sehna w Krakowie”, Nr ZP 7/2019; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.05.2019 r. pod nr 2019/S 094-227289 przez Instytut Ekspertyz Sądowych im. Prof. dra Jana Sehna, ul. Westerplatte 9, 31-033 Kraków zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 02.09.2019 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - Aspello Sp. z o.o., ul. Technologiczna 2, 45-839 Opole zwanej dalej: „Aspello Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta – Usability Lab Sp. z o.o., ul. Kazimierza Wielkiego 7/5, 65-047 Zielona Góra zwana dalej: „Usability Lab Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 12.09.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Usability Lab Sp. z o.o. wniosło odwołanie na czynność z 02.09.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 12.09.2019 r. (e-mailem). Zarzucił:

1. art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp”, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Aspello Sp. z o.o. z Postępowania, mimo że wykonawca ten z przyczyn leżących po jego stronie nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawartą z zamawiającym Centrum Wspierania Rodzin Rodzinna Warszawa, co doprowadziło do rozwiązania umowy oraz naliczenia kar umownych;
2. ewentualnie - art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Aspello Sp. z o.o., mimo że wykonawca ten w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe w związku z niewykonaniem zamówienia, o którym mowa w pkt 1;
3. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Aspello Sp. z o.o. ze względu na fakt, iż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, poprzez zatajenie informacji

dotyczących nienależytego wykonania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania umowy

i naliczenia kar umownych;

4. art. 8 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia informacji w postaci wykazu zrealizowanych zamówień i wykazu osób uczestniczących w realizacji zamówienia, złożonych przez wykonawcę Aspello Sp. z o.o., pomimo braku podstaw do uznania tychże informacji za skutecznie zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
2. Odtajnienia informacji zawartych w wykazie zrealizowanych zamówień oraz wykazie osób uczestniczących w realizacji zamówienia, złożonych przez wykonawcę Aspello Sp. z o.o.,
3. Wykluczenia wykonawcy Aspello Sp. z o.o. z Postępowania oraz odrzucenia jego oferty,
4. Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołanie zostało podpisane przez P. Z. ujawnionego w załączonym wydruku KRS-u i umocowanego do samodzielnej reprezentacji.

Zamawiający w dniu 13.09.2019 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16.09.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Aspello Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez P.Z. ujawnianego w załączonym do zgłoszenia KRS-ie i umocowanego do samodzielnej reprezentacji.

W dniu 24.09.2019 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesionego odwołania wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której stwierdził, że postanawia unieważnić czynność polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w sprawie prowadzonej pod nr ZP 7/2019, o której Wykonawcy powiadomieni zostali pismem z 02.09.2019 r., przesłanym pocztą elektroniczną. W związku z unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu Zamawiający wniósł do Prezesa KIO o umorzenie postępowania odwoławczego. Jednocześnie, wyjaśnił, iż po rozważeniu zarzutów zawartych w odwołaniu wniesionym przez spółkę Usability Lab Sp. z o.o. Zamawiający doszedł do przekonania, iż przed podjęciem decyzji o wyborze oferty

najkorzystniejszej w postępowaniu nie dysponował jakimikolwiek informacjami, które świadczyłyby o nienależytym wykonaniu przez Aspello Sp. z o.o., z przyczyn leżących po stronie tego Wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z innym zamawiającym. Nie ulega wątpliwości, że Wykonawca - Spółka Aspello Sp. z o.o. nie zamieścił w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia informacji, iż znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem i - jak utrzymuje odwołujący - zostało na Spółkę Aspello Sp. z o.o. nałożone odszkodowanie w formie kar umownych. Biorąc jednak pod uwagę, że w złożonym przystąpieniu do postępowania odwoławczego Wykonawca ten zapewnia, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania, rozważenie tej kwestii i zajęcie ostatecznego stanowiska w sprawie wymaga zapoznania się z dokumentacją dotyczącą umowy wykonywanej na rzecz Centrum Wspierania Rodzin „Rodzinna Warszawa” - do przedstawienia której wezwana zostanie Aspello Sp. z o.o. Skoro zatem w chwili dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu Zamawiający nie dysponował kompletnym materiałem dowodowym, który dotyczył oceny dochowania przez Wykonawcę - Aspello Sp. z o.o. wymogów uczestniczenia w prowadzonym postępowaniu, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej należało unieważnić. Odpowiedź została podpisana przez p.o. Dyrektora Instytutu.

W dniu 25.09.2019 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesionego odwołania wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, uzupełnienie odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu przez Wykonawcę – Usability Lab Sp. z o. o. w części dotyczącej zarzutu podniesionego w pkt 4 odwołania, tj. naruszenia przepisów przez czynność zaniechania odtajnienia informacji w postaci wykazu zrealizowanych zamówień i wykazu osób uczestniczących w realizacji zamówienia, złożonych przez Wykonawcę - Aspello Spółkę z o.o. Zamawiający postanowił odtajnić informacje zawarte w wykazie zrealizowanych zamówień i wykazie osób uczestniczących w realizacji zamówienia, złożonych przez Wykonawcę - Aspello Spółkę z o.o. W odniesieniu do zarzutów podniesionych w pkt 1, 2 i 3 odwołania, dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, Zamawiający wyjaśnia, iż zgodnie z oświadczeniem zawartym w odpowiedzi na odwołanie z 24.09.2019 r. Zamawiający dokonał w dniu dzisiejszym (25.09.2019 r.) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w sprawie prowadzonej pod nr ZP 7/2019, o której Wykonawcy powiadomieni zostali pismem z 02.09.2019 r., przesłanym pocztą elektroniczną, wobec czego odnoszenie się do tych zarzutów, jak również ich badanie przez KIO stało się bezprzedmiotowe. W związku z uznaniem zarzutów w odniesieniu do pkt 4 odwołania oraz unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, Zamawiający

wnosi do Prezesa KIO o umorzenie postępowania odwoławczego. Odpowiedź została podpisana przez p.o. Dyrektora Instytutu.

W dniu 26.09.2019 r. (e-mailem) Odwołujący stwierdził w ramach złożonego pisma - co następuje: W związku z unieważnieniem przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu nr ZP 7/2019 na „*Wykonanie i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego do zarządzania działalnością opiniodawczą Instytutu Ekspertyz Sądowych im. Prof. dra Jana Sehna w Krakowie*”, oraz uwzględnieniem zarzutu określonego w pkt 4 odwołania dotyczącego zaniechania odtajnienia informacji - wycofał pozostałe zarzuty odwołania oznaczone numerami 1-3. Wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego. Pismo zostało podpisane przez P.Z., tak jak w odwołaniu.

W dniu 27.09.2019 r. w związku z postanowieniem Izby z 16.09.2019 r. odbyło się posiedzenie niejawne bez udziału stron.

Na posiedzeniu - nikt się nie stawił - mimo prawidłowego zawiadomienia - dowód w aktach sprawy. Izba na podstawie wcześniejszych pism, które wpłynęły w sprawie postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze uznając, że brak stawiennictwa Przystępującego po stronie Zamawiającego, który został skutecznie zawiadomiony o terminie posiedzenia jest równoznaczna z brakiem sprzeciwu z jego strony w kontekście uwzględnionego przez Zamawiającego zarzutu.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a Pzp w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez Odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie 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.

Wobec uwzględnienie w części – co do sprzeciwu, należy stwierdzić że wyznaczona do rozpoznania sprawy rozprawa i poprzedzające ją posiedzenie z udziałem stron to ta faza postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Z powyższego wynika, że po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę odwołanie, co do zasady, będzie rozpatrzone na tym posiedzeniu lub rozprawie i tam też rozpatrzone zostaną ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

Skoro zatem uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania, co – w razie wyznaczenia posiedzenia lub rozprawy mających na celu rozpatrzenie odwołania – odbędzie się na tym posiedzeniu lub rozprawie, ewentualny sprzeciw w tym zakresie również można zgłosić w tym czasie. W warunkach prawidłowego powiadomienia Przystępującego po stronie Zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, uznać należy że na tym posiedzeniu Przystępujący może zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania, w tym wypadku w części. Niestawiennictwo wykonawcy - Przystępującego po stronie Zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania, w tym wypadku w części.

Inaczej mówiąc, Przystępujący po stronie Zamawiającego, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia w sprawie nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu pisemnie lub ustnie do protokołu posiedzenia. Skoro odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na posiedzeniu z udziałem stron, Izba nie wzywała oddzielenie Przystępującego po stronie Zamawiającego, do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu, uznając, iż jego nieusprawiedliwione niestawiennictwo na posiedzeniu oznacza rezygnację z prawa do zgłoszenia sprzeciwu.

W konsekwencji, w niniejszej sprawie umorzenie postępowania nastąpiło na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, na którym Przystępujący po stronie Zamawiającego mógł wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia w części zarzutów przez Zamawiającego. Brak stawiennictwa Przystępującego po stronie Zamawiającego nie uniemożliwił zatem umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3a Pzp.

Izba uznaje także, że profesjonalny uczestnik postępowania, którym bezspornie jest Przystępujący po stronie Zamawiającego, rozumiał status w jakim występują w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym i znał wszystkie konsekwencje i skutki wynikające z niniejszego stanu rzeczy. Zamawiający, nadto przesłał Przystępującemu po jego stronie swoją odpowiedź na odwołanie oraz jej uzupełnienie w ramach której uwzględnia odwołanie w części (dowód na tą okoliczność w odpowiedzi na odwołanie oraz uzupełnieniu). Izba wskazuje, że nie pozostało to bez wpływu na jej stanowisko. Dodatkowo Izba wzięła pod uwagę również konieczność sprawnego prowadzenia postępowania, profesjonalny charakter jego uczestników i przysługujący jego uczestnikom środek zaskarżenia w postaci skargi.

Tym samym, Izba w pełni podzieliła stanowisko i argumentację wyrażoną, w odniesieniu do analogicznej sytuacji, w postanowieniach KIO: z 09.06.2010 r., sygn. akt:

KIO 991/10, z 11.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1575/10, z 27.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1264/12, z 23.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1722/12, z 10.03.2014 r., sygn. akt: KIO 360/14, z 20.03.2014 r., sygn. akt: KIO 442/14; z 07.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1524/14, z 05.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1744/14, z 04.02.2015 r., sygn. akt: KIO 151/15, z 01.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2534/15, z 16.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2637/15, z 26.04.2016 r., sygn. akt: KIO 523/16, z 20.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1259/16, z 31.08.2016 r., sygn. akt: KIO 1563/16 z 06.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1770/17, z 05.07.2018 r., sygn. akt: KIO 1251/18 oraz z 04.06.2019 r., sygn. akt: KIO 908/19.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła wystąpienie przesłanek umorzenia postępowania odwoławczego opisanych w dyspozycji art. 186 ust. 3a Pzp – Zamawiający uwzględnił odwołanie w części, Odwołujący wycofał odwołanie w pozostałym zakresie, a wykonawca, który przystąpił po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.

Wobec powyższego Izba - działając na podstawie art. 186 ust. 3a w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp - umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 i poz. 1992) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....