

**Sygn. akt: KIO 1444/18**  
**KIO 1455/18**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 4 września 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Beata Konik**  
**Marek Koleśnikow**  
**Daniel Konicz**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 sierpnia 2018 i 4 września 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 23 lipca 2018 r. przez wykonawcę Assceo Poland Spółkę Akcyjną z siedzibą w Rzeszowie (sygn. akt KIO 1444/18),
- B. w dniu 23 lipca 2018 r. przez wykonawcę NMG Spółkę Akcyjną z siedzibą w Bydgoszczy (sygn. akt KIO 1455/18),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Innogy Stoen Operator spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

przy udziale:

- A. wykonawcy NMG Spółki Akcyjnej z siedzibą w Bydgoszczy, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1444/18 po stronie Odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Matic Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie i Evercode Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1444/18 i KIO 1455/18 po stronie Zamawiającego,

C. wykonawcy Assceo Poland Spółki Akcyjnej z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1455/18 po stronie Odwołującego,

**postanawia:**

1. **umarza postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz:
  - 2.1 Assceo Poland Spółki Akcyjnej z siedzibą w Rzeszowie kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania (sygn. akt KIO 1444/18) oraz
  - 2.2 NMG Spółki Akcyjnej z siedzibą w Bydgoszczy kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu od odwołania (sygn. akt KIO 1455/18).

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

**Przewodniczący :** .....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 1444/18**

**KIO 1455/18**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Innogy Stoen Operator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Stworzenie i wdrożenie zintegrowanego Systemu informatycznego – centralnej aplikacji CBO (Centralnej Bazy Odczytowej), wraz z systemem klasy MDMS (Meter Data Management System)” nr referencyjny PZ – 2790. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 lutego 2018 r., pod nr 2018/S 039-085975.

#### **Sygn. akt KIO 1444/18**

Odwołujący Assceo Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, w dniu 23 lipca 2018 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami prawa czynności i zaniechań Zamawiającego zarzucając Zamawiającemu:

1. przeprowadzenie czynności oceny i badania ofert z naruszeniem przepisu art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 9 ust. 1, art. 96 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w tym w szczególności zaniechanie dokonania oceny oferty Odwołującego;
2. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 i art. 92 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania oceny oferty Odwołującego;
3. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 92 ustawy Pzp poprzez podanie nieprawdziwej informacji w pkt II pisma „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty” poprzez wskazanie, że oferta Odwołującego została odrzucona, podczas gdy na dzień 13 lipca 2018 roku czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie jest ani ostateczna, ani prawomocna i Odwołujący wciąż jest uczestnikiem postępowania;
4. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu w/w zastrzeżonych przez Konsorcjum Evercode dokumentów, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i/lub nie zostały skutecznie zastrzeżone;

5. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy w związku z art. 90 ust 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Konsorcjum Evercode wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;
6. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Evercode, pomimo, iż oferta Konsorcjum Evercode zawiera rażąco niską cenę, a Konsorcjum Evercode nie złożyło odpowiednich wyjaśnień;
7. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Evercode, pomimo, iż treść oferty Konsorcjum Evercode jest sprzeczna z treścią SIWZ;
8. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Evercode, pomimo iż Konsorcjum Evercode wprowadziło Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
9. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Evercode, pomimo iż Konsorcjum Evercode nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 26 lipca 2018 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca NMG Spółki Akcyjnej z siedzibą w Bydgoszczy. Natomiast w dniu 30 lipca 2018 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Matic Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i Evercode Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

W dniu 4 września 2018 r. podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania Zamawiający oświadczył, że uwzględnił zarzut nr 7 odwołania, dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Evercode, pomimo, iż treść oferty Konsorcjum Evercode jest sprzeczna z treścią SIWZ i odrzucił ofertę ww. Przystępującego wykonawcy oraz unieważnił postępowanie, gdyż w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Wobec dokonanych przez Zamawiającego, a wskazanych powyżej czynności, odwołujący wycofał odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów, nie uwzględnionych przez Zamawiającego.

W tym miejscu wskazać należy, że na posiedzeniu nie stawił się Przystępujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Matic Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i Evercode z Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia.

Izba uznała, że skoro ww. Przystępujący został prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, na którym miało zostać rozpatrzone odwołanie, miał możliwość reprezentowania swoich interesów na posiedzeniu, na które jednak się nie stawił, co należy poczytać za równoznaczne z brakiem zgłoszenia sprzeciwu.

Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Przy czym § 3 rozporządzenia stanowi, że przepisy dotyczące rozprawy stosuje się odpowiednio do posiedzeń, w których dopuszcza się udział stron, świadków lub biegłych. W związku z tym należało uznać, że wyznaczone do rozpoznania sprawy posiedzenie z udziałem stron stanowi fazę postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Następuje ona już po fazie posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron, o czym mowa w § 13 ust. 1 i 2 przywołanego rozporządzenia. Wobec tego po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę, co do zasady, będzie ono rozpatrzone na tym wyznaczonym posiedzeniu lub rozprawie, na którym rozpatrzone zostaną również ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

Skoro 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 – ma miejsce na wyznaczonym terminie posiedzenia lub rozprawy, ewentualny sprzeciw w tym zakresie również można i należy zgłosić w tym terminie. W warunkach prawidłowego powiadomienia przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, na tym posiedzeniu przystępujący może i powinien zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo przystępującego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił zarzut nr 7 odwołania i odrzucił ofertę Przystępującego, w konsekwencji unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia, a Przystępujący po jego stronie nie zgłosił co do tej czynności sprzeciwu oraz

wobec wycofania przez Odwołującego pozostałych zarzutów odwołania, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3a w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie zarzutu nr 7 odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 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 (Dz.U. z 22 maja 2018 r. poz. 972).

### **Sygn. akt KIO 1455/18**

Odwołujący NMG Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy, w dniu 23 lipca 2018 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami prawa czynności i zaniechań Zamawiającego zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum Evercode S.A. w Warszawie i Matic S.A. w Warszawie na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp.
2. naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum Evercode S.A. w Warszawie i Matic S.A. w Warszawie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp.
3. naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie oferty złożonej przez konsorcjum Evercode S.A. w Warszawie i Matic S.A. w Warszawie.
4. naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp w związku z pozostałymi zarzutami przez zaniechanie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego w zakresie przedmiotowego zamówienia, która jest ofertą najkorzystniejszą w zakresie ustanowionych kryteriów oceny ofert spośród ofert złożonych i nie podlegającą odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu, z zastrzeżeniem wydania korzystnego dla Odwołującego wyroku w sprawie o sygnaturze KIO 904/18 (rozprawa została odroczone z uwagi na konieczność powołania biegłego) oraz oddalenia odwołania w sprawie o sygnaturze KIO 911/18.

W dniu 30 lipca 2018 przystąpienie do przedmiotowego odstępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia Matic Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i Evercode Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, a także po stronie Odwołującego – Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie.

W dniu 4 września 2018 r. przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, Odwołujący złożył pismo z dnia 3 września 2018 r. w którym oświadczył, że cofa odwołanie.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze wywołane ww. odwołaniem.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 22 maja 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący :** .....

.....

.....