

Sygn. akt: KIO 2065/19

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 29 października 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk**  
**Małgorzata Matecka**  
**Aneta Mlącka**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 29 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 14 października 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez odwołującego: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: T-Mobile Polska S.A., ABARO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Okręgowe Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** (ul. Opata Hackiego 14, 81-213 Gdynia),

przy udziale wykonawcy **VECTOR SMART DATA Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** (ul. Krzemowa 6, 81-577 Gdynia) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **Konsorcjum: T-Mobile Polska S.A., ABARO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwoty **13.500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90 % kwoty uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
3. Nie uwzględnia wniosku zamawiającego: **Okręgowe Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** zasądzenia na jego rzecz od odwołującego kosztów postępowania w kwocie **5.060 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy sześćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

.....

.....

.....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Okręgowe Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, którego przedmiotem jest: „Usługa zdalnego odczytu układów pomiarowo - rozliczeniowych”. Numer referencyjny: EZP/178/2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 kwietnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 069-163613. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: T-Mobile Polska S.A. - Lider Konsorcjum z Warszawy oraz ABARO sp. z o.o. - Członek Konsorcjum z Gdańska wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp (jego zdaniem) czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie tej ustawy, wskazując na naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Vector Smart Data sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, dalej: „Vector Smart Data”, mimo iż jej treść jest niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia Publicznego (SIWZ) w zakresie, w jakim ww. wykonawca zgodnie z wynikającym z jego oferty sposobem realizacji zamówienia nie będzie w stanie wykonać części zamówienia określonej zgodnie z pkt 6.3.4 Załącznika nr 1 do SIWZ „Opis techniczny wdrożenia, SLA, warunki gwarancji, licencja i szkolenia” (dalej: „Opis techniczny”) - zakres zamówienia podlegający wykonaniu przez operatora telekomunikacyjnego;
- oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 1b pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Vector Smart Data z postępowania, mimo iż wykonawca ten nie posiada uprawnień do wykonywania działalności operatora telekomunikacyjnego, która wchodzi w zakres realizacji niniejszego zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Vector Smart Data mimo, iż wykonawca ten nie złożył w prawidłowej formie wyjaśnień rażąco niskiej ceny (z dnia 16 lipca 2019 r. oraz z dnia 30 lipca 2019 r.) - przesłane przez Vector Smart Data wyjaśnienia nie zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty Vector Smart Data mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 -3 Pzp, a jego oferta zawiera rażąco niską cenę;

4. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. z 2019, poz. 1010; dalej: „uznk”) poprzez zaniechanie ujawnienia całości złożonych przez Vector Smart Data wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 16 lipca 2019 r., tj. treści wyjaśnień, załączników do wyjaśnień, oraz całej treści wezwania na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 oraz ust. 1 Pzp z dnia 25 lipca 2019 r., mimo iż zastrzeżone przez Vector Smart Data informacje i dokumenty (a tym samym informacje wskazane w wezwaniu Zamawiającego) nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również wykonawca ten nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia;
5. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3a Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Vector Smart Data mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 30 lipca 2019 r., gdyż pełnomocnictwo dla Pana J. K. uzupełnione na wezwanie Zamawiającego, opatrzone przez Pana A. R. oraz Panią M. M.-K. kwalifikowanym podpisem elektronicznym w dniu 19 września 2019 r., nie upoważniało Pana J. K. do złożenia w dniu 30 lipca 2019 r. wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
6. art. 89 ust. 7a Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i 3a Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Vector Smart Data, mimo iż wykonawca ten nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, gdyż oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem ważności wadium zostało złożone przez osobę nieupoważnioną do reprezentowania Vector Smart Data - uzupełnione na wezwanie Zamawiającego pełnomocnictwo w formie elektronicznej zostało podpisane przez Pana A. R. oraz Panią M. M.-K. kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi dopiero w dniu 19 września 2019 r., natomiast oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą w odpowiedzi na wezwanie z art. 85 ust. 2 Pzp zostało podpisane przez Pana J. K. w dniu 21 sierpnia 2019 r.;
7. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. art. 24 ust. 1 pkt 12 ) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy Vector Smart Data z postępowania pomimo, iż wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osób Pana P. K. oraz Pana A. M. (osoby wskazane na stanowisko kierownika projektu);  
ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutu - naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp poprzez zaniechanie wezwania Vector Smart Data do uzupełnienia

dokumentów, mimo iż wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do osób Pana P. K. oraz Pana A. M. (osoby wskazane na stanowisko kierownika projektu);

8. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp poprzez zaniechanie wezwania Vector Smart Data do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do podstawy dysponowania oraz doświadczenia Pani E. G. (osoba wskazana na stanowisko kierownika projektu) oraz doświadczenia Pana R. W., D. W., T. G., D. B. (osoby skierowane do wykonania prac montażowych);
9. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami Pzp (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy), a także innymi przepisami wskazanymi lub wynikającymi z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (2) powtórzenia czynności badania i oceny oferty Vector Smart Data; (3) odtajnienia dokumentów objętych przez Vector Smart Data ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. odtajnienia wyjaśnień z dnia 16 lipca 2019 r. dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, jak również odtajnienia wezwania Zamawiającego z dnia 25 lipca 2019 r.; (4) odrzucenia oferty Vector Smart Data; (5) wykluczenia Vector Smart Data z postępowania; (6) ewentualnie - w przypadku nieuwzględnienia ww. żądań w zakresie odrzucenia oferty Vector Smart Data lub wykluczenia tego wykonawcy z postępowania - wezwania Vector Smart Data do uzupełnienia dokumentów; (7) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Podał, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, wykonawca Vector Smart Data podlegałby wykluczeniu, a jego oferta powinna zostać odrzucona, natomiast oferta Odwołującego w takiej sytuacji powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. W związku z powyższym, nie może budzić wątpliwości fakt, że w wyniku niezgodnych z przepisami ustawy działań Zamawiającego Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia publicznego, a tym samym posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

Wskazał także, że w dniu 4 października 2019 r. Zamawiający za pośrednictwem platformy, przy użyciu której prowadzi postępowanie przekazał wykonawcom Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty Vector Smart Data. Po wyborze oferty najkorzystniejszej,

w związku z umożliwieniem przez Zamawiającego wglądu do korespondencji, Odwołujący powziął informację, że oferta ww. wykonawcy została niewłaściwie oceniona. Tym samym, odwołanie wniesione w dniu 14 października 2019 r. jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem terminu ustawowego.

**Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego** na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp przystąpił wykonawca Vector Smart Data Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni wnosząc o oddalenie odwołania. Zwrócił jednocześnie uwagę, że (...) *do odwołania, którego kopia została doręczona Zgłaszającemu Przystąpienie zostało dołączone pełnomocnictwo udzielone przez obu Odwołujących, natomiast znajduje się pod nim jedynie podpis osoby upoważnionej do reprezentacji Odwołującego ad. 2., tj. Abaro sp. z o.o. Brak jest natomiast podpisów osób upoważnionych do reprezentacji Odwołującego ad. 1, tj. T-Mobile Polska S.A.* Wykonawca wniósł (...) *o wezwanie Odwołującego do uzupełnienia ww. braku formalnego, jeśli zostanie stwierdzone jego występowanie*".

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** (w piśmie z dnia 24 października 2019 r.) wniósł o odrzucenie tego odwołania i wskazał na następujące okoliczności skutkujące (jego zdaniem) odrzuceniem odwołania:

1. w całości na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp;
2. w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny (Zarzuty nr 2-5 odwołania) jako wniesionego po terminie, tj. na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp;
3. w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny (Zarzut nr 1 Odwołania) jako wniesionego po terminie, tj. na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Podał ponadto, że w sytuacji nieuwzględnienia wniosków, o których mowa w ust 1 - 3 powyżej, Zamawiający złoży dalszą odpowiedź na odwołanie w terminie późniejszym. W uzasadnienie wniosku co do podstaw odrzucenia podał, co następuje:

#### **I. Odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.**

Odwołujący wniósł odwołanie poprzez swoich pełnomocników (Odwołanie podpisała adwokat Karolina Posadzy), załączając dokument pełnomocnictwa, w którego treści wskazuje się, iż udziela je Konsorcjum przedsiębiorstw T-MOBILE POLSKA S.A. i ABARO Sp. z o.o., lecz podpisał je wyłącznie Pan P. P., Prezes Zarządu ABARO Sp. z o.o., który nie jest uprawniony do reprezentacji T-MOBILE POLSKA S.A. ani na mocy wpisu KRS, ani na mocy pełnomocnictwa załączonego do oferty (w nim to T-MOBILE POLSKA S.A. jako Lider Konsorcjum reprezentuje je na mocy umocowania uzyskanego przez ABARO Sp. z o.o.). Dokument pełnomocnictwa jest więc wadliwy, ponieważ nie umocowuje on właściwie osoby, która wniosła Odwołanie, a zatem jest one obarczone wadą, która zdaniem Zamawiającego

winna skutkować jego odrzuceniem na mocy przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 Ustawy PZP, tj. zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Zdaniem Zamawiającego, zgodnie z przeważającym poglądem doktryny i judykatury, wyżej opisana sytuacja nie może być sanowana przy pomocy normy art. 187 ust. 3 Pzp, ponieważ zgodnie z jej literalnym brzmieniem, stosuje się ją jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, w szczególności, o których mowa w art. 180 ust. 3, niezłożenia pełnomocnictwa lub nieuiszczenia wpisu. Z kolei zgodnie z przepisem § 9 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań wezwanie do usunięcia braków formalnych stosuje się w przypadku gdy odwołanie zawiera braki formalne, w szczególności z zakresu, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 5-8, bądź nie zawiera dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 2 (pkt 3 tego paragrafu dotyczy dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego). Zdaniem Zamawiającego, „Od lat ugruntowany był pogląd, zgodnie z którym uzupełnienie pełnomocnictwa możliwe było jedynie w przypadku, gdy miał miejsce jego fizyczny brak; uzupełnieniu nie podlegały natomiast pełnomocnictwa „wadliwe”. Stwierdził ponadto, że lista załączników do odwołania także wskazuje na jeden dokument pełnomocnictwa (liczba pojedyncza) co w połączeniu z treścią tego dokumentu wskazuje, że nie był planowany dodatkowy dokument pełnomocnictwa, którego by nie złożono. Powołał się na literaturę przedmiotu i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i jego zdaniem *„Z literalnego brzmienia przepisów art. 187 ust. 3 p.z.p. oraz § 9 rozporządzenia (...) w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (...)* wynika, iż ustawodawca nie objął zakresem ich regulacji przypadku, gdy odwołujący dołączy do odwołania pełnomocnictwo, którego treść nie potwierdza umocowania do składania środków ochrony prawnej do Izby (...) oraz, że (...) *Za brak formalny skutkujący wezwaniem do jego uzupełniania Krajowa Izba Odwoławcza uznała jednakże fizyczny brak pełnomocnictwa. Należy wskazać, iż co do zasady, zgodnie z art. 187 ust. 3 i ust. 7 ustawy Pzp możliwe jest uzupełnienie przez stronę pełnomocnictwa do wniesienia odwołania jedynie w przypadku jego niezłożenia (braku) wraz z odwołaniem. Powyższy brak formalny podlega usunięciu w terminie 3 dni, pod rygorem zwrotu odwołania, na podstawie § 9 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (...). Przepis powyższy jednoznacznie wskazuje, iż wezwanie do usunięcia braków formalnych odwołania ma m.in. zastosowanie w sytuacji, gdy odwołanie nie zawiera dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 2 ww. rozporządzenia. Pełnomocnictwo nie podlega zatem uzupełnieniu wówczas, gdy dokument pełnomocnictwa został załączony do odwołania, ale nie potwierdza umocowania do reprezentowania odwołującego. Prawidłowość umocowania danej osoby (podmiotu) do wniesienia odwołania podlega badaniu przez Izbę w toku posiedzenia niejawnego w ramach czynności formalnoprawnych i sprawdzających. Stwierdzenie przez Izbę, iż z treści pełnomocnictwa załączonego do odwołania nie wynika, że podmiot, który wniósł odwołanie*

*jest prawidłowo umocowany przez stronę, stanowi przesłankę do odrzucenia odwołania (art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp). Powyższą tezę potwierdził Sąd Okręgowy w Łodzi, X Wydział Gospodarczy w wyroku z dnia 4 czerwca 2012 roku, sygn. akt X Ga 216/12.”*

## **II. Odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny (zarzuty nr 2-5 odwołania) na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp**

Odwołujący uzyskał wiedzę o cenie zaoferowanej przez Przystępującego Vector w dniu 2 lipca 2019 r. (vide: informacja z otwarcia ofert wraz dowodem zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego) i kwocie jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie. Zamawiający w ogłoszeniu wskazał wartość zamówienia. Odwołujący zapoznał się z treścią oferty Przystępującego przesłaną mu przez Zamawiającego w dniu 5 lipca 2019 r. (vide: dowód przestania oferty VECTOR) i powziął przekonanie o rażąco niskiej cenie Przystępującego, o czym wskazał w piśmie do Zamawiającego z dnia 18 lipca 2019 r. (vide: pismo Odwołującego z dnia 18 lipca 2019 r.) a następnie pozostał całkowicie bierny na dalszy przebieg postępowania, z którego wynikało, że Zamawiający nie zamierza odrzucić oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, o czym na mocy przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający zobligowany był do niezwłocznego poinformowania wykonawców. Zatem Odwołujący winien był liczyć termin na złożenie odwołania w tym zakresie na podstawie art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp - od momentu gdy przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, najdalej od dnia 20 sierpnia 2019 r. Odwołujący nie domagał się od Zamawiającego wiedzy w przedmiocie decyzji w zakresie rażąco niskiej ceny, nie kontaktował się z Zamawiającym w tej sprawie, nie dążył też do zapoznania się z protokołem z postępowania, który jest jawny, i z którego treści wynika bieg postępowania i przejście Zamawiającego do kolejnych jego etapów, wskazujących na decyzję o uznaniu, iż VECTOR nie złożył oferty z rażąco niską ceną (vide: protokół z postępowania), np. Informację, iż Zamawiający wezwał VECTOR do złożenia dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 1 Pzp (vide: Wezwanie z dnia 14 sierpnia 2019 r. do złożenia dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 1 Pzp), co oznaczałoby, że jest już po fazie badania oferty. Odwołujący także z dalszych aktywności Zamawiającego uzyskał wiedzę, że oferta VECTOR nie zostanie odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny (vide: wezwanie z dnia 20 sierpnia 2019 r. do przedłużenia terminu związania ofertą i wadiów). Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w dniu 11 lipca 2019 r. (vide: wezwanie VECTOR do złożenia wyjaśnień). Procedura wyjaśnień zakończyła się wraz z pismem Przystępującego z dnia 30 lipca 2019 r., które potwierdziło brak rażąco niskiej ceny w jego ofercie (vide: pismo Przystępującego z dnia 30 lipca 2019 r.). Biorąc pod uwagę powyższe, widać iż Odwołujący winien był złożyć odwołanie najpóźniej w terminie 10 dni od dnia 20 sierpnia 2019 r. Wskazał na orzecznictwo KIO (Vide: Postanowienie KIO 1627/17; Postanowienie KIO 942/19)

podnosząc, że zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Nadto, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie w związku z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp. W takim przypadku odwołanie - zgodnie ze wskazanym przepisem wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Podkreślił, że powyższe stanowisko zostało potwierdzone w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2013 r. wydanej w sprawie o sygn. akt: III CZP 107/12 (dostępna na stronie internetowej [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)). Sąd Najwyższy rozstrzygając o kwestii wzajemnych zależności pomiędzy art. 182 ust. 3 i art. 182 ust. 1 ustawy Pzp wyraził pogląd, że: „zamawiający przed dniem uzyskania przez wykonawcę wiedzy o podjętych czynnościach lub dnia, w którym powinien taką wiedzę uzyskać, nie przesłał wykonawcy informacji o dokonanych czynnościach, termin do wniesienia odwołania wyznacza art. 182 ust. 3 p.z.p. Późniejsze przestanie informacji zasadniczo nie będzie prowadzi do otwarcia terminu do wniesienia odwołania określonego w art. 182 ust. 1 p.z.p.(...)”. Jego zdaniem, Odwołujący powinien wykazać się aktywnością aby móc uznać, iż zachował termin do wniesienia Odwołania, i to właśnie przepis art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp stanowi podstawę do liczenia terminu na jego wniesienie. W rezultacie powyższe odwołanie jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

### **III. Odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu 1 na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp**

Odwołujący w zarzucie nr 1 odwołania, wskazał na okoliczność konieczności jego zdaniem odrzucenia oferty Vector bądź wykluczenia tego Wykonawcy z powodu nie uwzględnienia przez niego obowiązku zapewnienia realizacji zamówienia przy udziale operatora telekomunikacyjnego, bądź jako konsorcjanta wspólnie składającego ofertę z Vector czy też w ramach podwykonawstwa. W tym miejscu Zamawiający wskazuje, że: (...) Odwołujący zna przedsiębiorstwo Vector i wie, że nie posiada ono statusu operatora telekomunikacyjnego/operatora telefonii komórkowej (wiedział, że Vector jest zainteresowany udziałem w postępowaniu uczestniczył w charakterze uczestnika/przystępującego w postępowaniu odwoławczym przed KIO w sprawie o sygn. akt KIO 719/19 jakie toczyło się w okresie od 18 kwietnia 2019 r. — data odwołania — do dnia 27 maja 2019 r. — wyrok KIO); z całą pewnością mógł to stwierdzić najdalej wraz z opublikowaniem informacji z otwarcia ofert, tj. 2 lipca 2019 r. (vide: informacja z otwarcia ofert wraz dowodem zamieszczenia na stronie

internetowej Zamawiającego); Lider konsorcjum Odwołującego, tj. T-Mobile Poland S.A. sam posiada taki status, więc wie jak go sprawdzać i procedurę te wskazał w treści uzasadnienia Odwołania. Odwołujący z dniem opublikowania informacji z otwarcia ofert, tj. 2 lipca 2019 r. (vide: informacja z otwarcia ofert wraz dowodem zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego) powziął wiedzę, że Vector samodzielnie złożył ofertę, a więc nie wystąpił o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego w konsorcjum z operatorem telekomunikacyjnym; Odwołujący z dniem 5 lipca 2019 r. zapoznał się z treścią oferty Przystępującego i JEDZ przesłanymi mu przez Zamawiającego w dniu (vide: dowód przesłania oferty i JEDZ VECTOR); z treści JEDZ wynika, iż w charakterze podwykonawcy Vector wskazał jedynie podmiot TELE-TECH M. L., który także nie jest operatorem telekomunikacyjnym (vide: rejestr przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzony przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej <https://bip.uke.gov.pl/rpt/reiestrprzedsiębiorcow-telekomunikacyjnych/>), co Odwołujący z pewnością sprawdził, lub powinien był sprawdzić i od tego momentu rozpoczął się bieg na złożenie odwołania w tym zakresie. Odwołujący w piśmie z dnia 18 lipca 2019 r. (vide: pismo Odwołującego z dnia 18 lipca 2019 r.) w pkt II ust. 7 pisma, wyraźnie wskazał, iż zauważa, że Vector jako jedyny nie wystąpił w konsorcjum z operatorem telekomunikacyjnym, i nie spytał czy też nie zwrócił uwagi Zamawiającemu na okoliczność ewentualnego badania zakresu podwykonawstwa, choćby w drodze procedury z przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Jego zdaniem, Odwołujący wiedział, że Vector w rankingu punktowym prowadzi i jeżeli jego oferta nie zostanie odrzucona (a Zamawiający miałby obowiązek o tym niezwłocznie poinformować wykonawców — art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), lub wykluczony po badaniu JEDZ. a (Zamawiający miałby obowiązek o tym niezwłocznie poinformować wykonawców — art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), i minęły 2,5 miesiąca odkąd powziął wiedzę na temat, który stanowi kanwę jego zarzutu nr 1 do Odwołania, i w swoim piśmie nie porusza nawet tego tematu, ani nie dowiadyuje się w tym zakresie w inny sposób. Biorąc pod uwagę powyższe, a także przyjmując całą argumentację (poglądy doktryny i judykatury) dla tego wątku jaka została przytoczona w pkt II nin. pisma, uznając, iż do Odwołania w tym zakresie należy stosować normę art. 182 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 — odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, Odwołujący wiedzę w przedmiocie tego zarzutu winien był powziąć już dnia 5 lipca 2019 r. (najdalej z tą datą powziął wiedzę, że Vector nie jest operatorem telekomunikacyjnym, nie wystąpił w konsorcjum z operatorem telekomunikacyjnym, nie wskazał w JEDZ — Zamawiający wymagał tego w pkt. 5.2 SIWZ (vide: SIWZ) - na podwykonawstwo w zakresie części zadania, które jego zdaniem winien wykonywać osobiście operator telekomunikacyjny), a z całą pewnością datą graniczną

rozpoczęcia biegu do wniesienia Odwołania w tym zakresie byłaby data 18 lipca 2019 r., kiedy Odwołujący porusza w piśmie do Zamawiającego wątek operatora telekomunikacyjnego w kontekście Vectora.

**Zamawiający kontynuując odpowiedź na odwołanie** (w kolejnym piśmie z dnia 28 października 2019 r.) poinformował, że (...) *W sytuacji nieuwzględnienia przez KIO wniosku o odrzucenie odwołania w całości, Zamawiający uwzględnia:*

- 1) *odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 dotyczącego skuteczności zastrzeżenia niejawności tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Vector Smart Data Sp. z o.o.,*
- 2) *odwołanie w zakresie zarzutu nr 7 w części dotyczącej zaniechania wykluczenia wykonawcy Vector (...) z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy PZP i odrzucenia jego oferty jako wykonawcy, który podlegał wykluczeniu z postępowania,*
- 3) *odwołanie w zakresie zarzutu nr 8 w części dotyczącej zaniechania wezwania wykonawcy Vector (...) w zakresie sposobu dysponowania osobą E. G.,”*

W zakresie pozostałym wniósł o oddalenie odwołania oraz o dopuszczenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odpowiedzi na Odwołanie. Wniósł także (...) *o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania: 1) Kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie i rozprawę przed Krajową Izbą Odwoławczą - 600 zł, na którą składa się: 2 x 150zł przejazd pociągiem - 2 klasa: na trasie Gdynia — Warszawa Centralna, oraz 2 x 150 zł na trasie Warszawa Centralna - Gdynia); 2) Kosztów noclegu - 860 zł; 3) Kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego - 3600 zł.”*

**Zgłaszający przystąpienie wykonawca Vector oświadczył**, że nie zgłasza sprzeciwu, co do zarzutów i żądań przedstawionych w odwołaniu, a uwzględnionych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 października br, które to stanowisko zostało podtrzymane na posiedzeniu.

**Odwołujący na posiedzeniu w dniu 28 października 2019 r.** oświadczył, że mając na uwadze zakres uwzględnionych zarzutów odwołania i składane przez Zamawiającego oświadczenie o uwzględnieniu żądania w odniesieniu do zarzutu z punktu 7 odwołania w zakresie wykluczenia Przystępującego wykonawcy Vector podnoszone w odwołaniu pozostałe zarzuty i żądania cofa. Wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie i zwrot na jego rzecz wpisu od odwołania w wysokości 90 % stosownie do art. 187 ust.8 ustawy Pzp

### **Izba stwierdza co następuje:**

Odwołanie nie podlega odrzuceniu na wskazywanej przez Zamawiającego podstawie art. 189 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp. Nie podlegała ponadto rozpoznaniu przez Izbę wskazywana przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia poszczególnych zarzutów przesłanka z art. 189 ust.2 pkt 3 Pzp odnośnie tych zarzutów wskazywanych jako wniesione z naruszeniem wymaganego terminu z ustawy Pzp. Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie podlegało umorzeniu w związku z art. 186 ust.3a ustawy Pzp. Przystępujący Vector (zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego) nie wniósł bowiem sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. Z kolei wnoszące odwołanie Konsorcjum wycofało pozostałe (nieuwzględnione) zarzuty.

Izba postanawiając jak powyżej i odnosząc się do kluczowego zarzutu Zamawiającego, a mianowicie podstaw odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, który to zarzut uznała za niezasadny wskazuje, że w myśl tego przepisu: *„2. Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...) 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony;”*.

W stanie faktycznym tej sprawy, Odwołujący, uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Konsorcjum - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w składzie: T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum) oraz ABARO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (Członek Konsorcjum) - wniósł odwołanie przez pełnomocnika. Odwołanie podpisała ustanowiona adwokat p. K. P., załączając dokument pełnomocnictwa z datą 11/10/2019, w którego treści wskazuje się, że Konsorcjanci: (...) *ustanawiają pełnomocnikami Konsorcjum oraz każdego z Członków Konsorcjum z osobna: 1. Karola Kamińskiego - radcę prawnego (...), 2. K. P. – adwokata (...)*”. Dalej w dokumencie m.in. wskazano, że: *„Pełnomocnicy mają prawo do reprezentowania każdego z członków Konsorcjum samodzielnie jak i do reprezentowania Konsorcjum we wszystkich sprawach związanych z Postępowaniem”*. Załączone do odwołania pełnomocnictwo rzeczywiście zostało podpisane przez p. P. P., Prezesa Zarządu ABARO Sp. z o.o. (Członka Konsorcjum), który nie był uprawniony do reprezentacji T-MOBILE POLSKA S.A. ani na mocy wpisu KRS, ani na mocy pełnomocnictwa załączonego do oferty (w nim to T-MOBILE POLSKA S.A. jako Lider Konsorcjum reprezentuje je na mocy umocowania uzyskanego przez ABARO Sp. z o.o.). Z tego też względu Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w piśmie z dnia 15 października br (UZP/BO/EP/15697/20863/19 dot. KIO 2065/19) prawidłowo wezwał Odwołującego do usunięcia braków formalnych odwołania, wskazując m.in., że wzywa (...) *na podstawie art. 187 ust. 3 ustawy (...) do przesłania w terminie 3 dni*

*od dnia doręczenia niniejszego wezwania: (...) dokumentów potwierdzających umocowanie osoby podpisującej odwołanie do reprezentowania T-Mobile Polska S.A. (...).*

Izba nie zgodziła ze stanowiskiem Zamawiającego, że ustawa Pzp, jej norma w art. 187 ust.3 nie pozwala sanować takiej wadliwości pełnomocnictwa, jak w tym stanie faktycznym, z tego powodu (jak podnosił Zamawiający), że (...) *zgodnie z jej literalnym brzmieniem, stosuje się ją tylko, jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, w szczególności, o których mowa w art. 180 ust. 3, niezłożenia pełnomocnictwa lub nieuiszczenia wpisu*".

Izba także nie podzieliła poglądu Zamawiającego, że przepis § 9 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań - wezwanie do usunięcia braków formalnych - stosuje się tylko (...) *w przypadku gdy odwołanie zawiera braki formalne, w szczególności z zakresu, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 5-8, bądź nie zawiera dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 2 (pkt 3 tego paragrafu dotyczy dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego)*".

W tym przypadku Izba mając na uwadze stan faktyczny tej sprawy oraz uwzględniając także orzecznictwo w tym zakresie (vide: Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia: 2012-01-17, V Ca 2739/11; 2015-03-04, V Ca 4080/14) i wskazywany przepis art. 187 ust. 3 Pzp stwierdza, że jego norma nie precyzuje zamkniętego katalogu braków formalnych, a zatem odwołanie zawierające braki formalne, które uniemożliwiają nadanie odwołaniu prawidłowego biegu, a których usunięcie jest możliwe, podlegają uzupełnieniu. Oznacza to, że również możliwe jest uzupełnienie braku formalnego w postaci błędnego pełnomocnictwa.

Zdaniem Izby, wykonawca składający wadliwy (z różnych powodów) dokument pełnomocnictwa nie może pozostawać w gorszej sytuacji niż wykonawca, który takiego dokumentu w ogóle nie złożył. Instytucja uzupełniania braków formalnych ma służyć realizacji gwarancji procesowych strony (vide: wyrok KIO z dnia 15 października 2012 r. sygn.. akt: KIO 2121/12) - umożliwieniu merytorycznego rozpoznania sprawy odwoławczej. Niewątpliwie celem wprowadzenia normy art. 187 ust. 3 Pzp było odformalizowanie postępowania odwoławczego i zminimalizowanie konsekwencji negatywnych dla wykonawcy. Izba też zauważa, że przedłożenie pełnomocnictwa w dwóch odrębnych dokumentach (jak w tym stanie faktycznym) w przypadku podmiotu jakim jest konsorcjum w skład którego wchodzi dwóch lub więcej wykonawców składających ofertę nie narusza przepisów prawa.

Wobec powyższego ustalenia Izba jednocześnie uznała, że w niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany art. 186 ust.3a Pzp, dlatego też pozostawiła bez rozpoznania

wskazywaną przez Zamawiającego przesłankę z art. 189 ust.2 pkt 3 Pzp odnośnie pozostałych - jako wniesionych z naruszeniem terminów z ustawy Pzp i podlegających odrzuceniu - zindywidualizowanych zarzutów z odwołania opisanych powyżej. W myśl wskazanego przepisu: „3a. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie (...), pod warunkiem że (jak w tym stanie faktycznym) w postępowaniu odwoławczym (...) wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów (...). Na marginesie Izba zauważa, że cofnięcie zarzutów podniesionych w odwołaniu (podobnie jak cofnięcie odwołania) ma charakter wiążący, a zatem ich cofnięcie nie powoduje żadnych skutków prawnych jakie są związane z ich wniesieniem w odwołaniu. W konsekwencji w świetle powołanego przepisu następuje umorzenie postępowania odwoławczego.

Mając zatem powyższe ustalenia na uwadze Izba w związku z art. 186 ust.3a ustawy Pzp na podstawie art. 187 ust.8 zdanie pierwsze ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Izba ponadto, zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania orzekła również o zwrocie na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczzonego w wysokości 15.000 zł. Izba nie uwzględniła natomiast wniosku Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego w kwocie 5060 zł mając na uwadze art. 186 ust.6 ustawy Pzp, w myśl którego: „Koszty postępowania odwoławczego: 1) w okolicznościach, o których mowa w ust. 2 i 3a, znosi się wzajemnie (...)”.

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

.....  
.....  
.....