

POSTANOWIENIE
z dnia 9 czerwca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 7 czerwca 2021 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 r., przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **OPEGIEKA sp. z o.o., GISPRO sp. z o.o., MGGP Aero sp. z o.o. z siedzibą lidera w Elblągu**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Główny Urząd Geodezji i Kartografii z siedzibą w Warszawie**,

przy udziale wykonawcy **KPGeo sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **OPEGIEKA sp. z o.o., GISPRO sp. z o.o., MGGP Aero sp. z o.o. z siedzibą lidera w Elblągu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **OPEGIEKA sp. z o.o., GISPRO sp. z o.o., MGGP Aero sp. z o.o. z siedzibą lidera w Elblągu**, tytułem wpisu od odwołania.
3. Zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **OPEGIEKA sp. z o.o., GISPRO sp. z o.o., MGGP Aero sp. z o.o. z siedzibą lidera w Elblągu** na rzecz zamawiającego **Główny Urząd Geodezji i Kartografii z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący

Uzasadnienie

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż odwołanie zostało wniesione wobec czynności zamawiającego, polegającej na wezwaniu z dnia 21 kwietnia 2021 r. do uzupełnienia dokumentów w postaci JEDZ, zaświadczeń o niekaralności przedstawicieli oraz zobowiązania Terratec AS do udostępnienia przystępującemu zasobów niezbędnych do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Czynność ta została podjęta zgodnie z alternatywnym żądaniem, zawartym w odwołaniu z dnia 29 marca 2021 r. oraz oświadczeniem zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie do sprawy KIO 995/21 z dnia 19 kwietnia 2021 r. W ww. piśmie zamawiający wprost wskazał, że uwzględni odwołanie z dnia 29 marca 2021 r., a w konsekwencji unieważni wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w części 1 i 3 zamówienia i powtórzy czynność badania i oceny ofert w części 1 i 3 zamówienia, w tym wezwie uczestnika - w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), dalej zwanej: „ustawy Pzp” - do uzupełnienia dokumentów w postaci JEDZ, zaświadczeń o niekaralności przedstawicieli oraz zobowiązania Terratec AS do udostępnienia przystępującemu zasobów niezbędnych do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dla przypomnienia Izba podaje, jakie zarzuty postawił odwołujący w postępowaniu o sygn. akt KIO 995/21, tj.:

„1. art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 oraz pkt. 5 i 8 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KPGeo pomimo, że jest niezgodna z ustawą i jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś sam wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

2. art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 78(1) Kc poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy pomimo, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej oraz nie wykazał braku podstaw do jego wykluczenia.

3. ewentualnie zarzucam naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotu trzeciego potwierdzających możliwość dysponowania określonymi zasobami potwierdzającymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu”.

Odwołujący, w związku z wyżej cytowanymi zarzutami, wniósł o: *„uwzględnienie odwołania, unieważnienie wyboru oferty KPGeo, powtórzenia czynności oceny i badania ofert, wykluczenia wykonawcy KPGeo i odrzucenia jego oferty, zasądzenie kosztów*

postępowania odwoławczego proporcjonalnie do podniesionych zarzutów i idących za nimi żądań”.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie zawarł wyjaśnienie, jakie czynności zostaną podjęte, gdyż wobec enigmatycznej i niespójnej z treścią podniesionych w odwołaniu z dnia 29 marca 2021 r. zarzutów formuły żądań, koniecznym było doprecyzowanie, co rozumie poprzez uwzględnienie odwołania, a tym samym móc merytorycznie ocenić skuteczność jego uwzględnienia. Dodatkowo, zamawiający wyjaśnił, z jakiego powodu zostaną podjęte czynności takiego rodzaju, w tym szczególności podkreślił, iż w jego ocenie dopuszczalne będzie również wezwanie przystępującego do uzupełnienia zaświadczeń o niekaralności dotyczących przedstawicieli Terratec AS. Zdaniem zamawiającego, przystępujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, złożył jedynie skany zaświadczeń i tylko w związku z tą okolicznością był wzywany do uzupełnienia tych dokumentów, a tym samym kwestia poprawności podpisu na tych dokumentach nie była jeszcze przedmiotem zainteresowania ze strony zamawiającego.

W przedmiotowym odwołaniu, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 10 ust. 5 ustawy Pzp oraz w zw. z §14 ust. 2 i 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KPGeo sp. z o.o., poprzez dwukrotne zastosowanie wezwania w zakresie formy dokumentów podmiotu trzeciego, co doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, pomimo iż po pierwszym wezwaniu wykonawca nie złożył dokumentów podmiotu trzeciego we właściwej formie, a więc nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o: nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty KPGeo sp. z o.o., nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy KPGeo sp. z o.o., dokonanie ponownej oceny ofert oraz dokonanie kwalifikacji podmiotowej odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 2019). Z uwagi na powyższe, Izba wydając niniejsze postanowienie,

zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej nPzp).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w tak zakreślonym stanie faktycznym, przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu, jako wniesione wobec czynności podjętej w związku z uwzględnieniem odwołania, której treść i zakres powinna być dla odwołującego jasna i jednoznaczna. Jeśli Odwołujący w jakimkolwiek zakresie kwestionował czynność uwzględnienia przez zamawiającego, powinna być ona na tym etapie wyrażona. Co istotne, zarzut podniesiony przez odwołującego, jest przeciwnie ukierunkowany, aniżeli wskazany w odwołaniu z dnia 29 marca 2021 r., dotyczący zaniechania wezwania do złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego.

Odwołanie polega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3, 4 oraz 5 nPzp, jako wniesionego wobec czynności zamawiającego podjętej wskutek uwzględnienia odwołania w całości (w sprawie o sygn. akt KIO 995/21), wykonanej zgodnie z żądaniem i oświadczeniem zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie do sprawy KIO 995/21 z dnia 19 kwietnia 2021 r., jak również w części dotyczącej zaniechania wykluczenia - wniesionego po terminie.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 nPzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Art. 528 pkt 4 nPzp, stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego. Natomiast art. 528 pkt 5 nPzp nakazuje Izbie odrzucenie odwołania, w sytuacji, gdy odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, *„fakt uwzględnienia zarzutów odwołania, o którym mowa w art. 186 ust. 3 p.z.p., nie oznacza, że zamawiający musi wykonać wszystkie żądania odwołania. W przypadku gdy uzna, że co innego nakazują mu przepisy prawa może, a nawet powinien, wykonać w postępowaniu czynności inaczej niż żądano tego w odwołaniu.”* - wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 października 2018 r., sygn. akt IC 1181/17.

Trudno w przedmiotowej sytuacji mówić o „czynności” nowej - gdyż sygnalizowanej przez zamawiającego i jako oświadczenie przyjęte za podstawę umorzenia postępowania.

Jak słusznie wskazał zamawiający, gdyby bowiem Izba, orzekając w sprawie o sygn. akt KIO 995/21 uznała, że oświadczenie zamawiającego jest niezgodne z instytucją uwzględnienia odwołania, nie doszłoby do jego umorzenia. Podobnie odwołujący, chcąc chronić swój interes, wobec ujawnionego toku rozumowania przez zamawiającego, powinien wnieść o nieumarzenie postępowania i rozpoznanie merytoryczne odwołania. Istotne jest,

że wobec umorzenia postępowania, zostało zaaprobowane deklarowane działanie zamawiającego, polegające na wezwaniu do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten może stanowić podstawę wezwania, jedynie wobec wykonawcy, którego oferta nie podlega odrzuceniu z innych przyczyn (a za odrzuconą uznaje się także ofertę wykonawcy podlegającego wykluczeniu) a tym samym niejako strony postępowania odwoławczego przyjęły, iż taki walor ma oferta przystępującego. W konsekwencji, przyjęto, że albo uprzednio, tj. na wezwanie z dnia 12 marca 2021 r., zostały złożone dokumenty równoważne KRK w sposób prawidłowy co do treści i formy, albo iż podlegały uzupełnieniu w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wobec ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty.

Ponadto, za zamawiającym podnieść należy, iż odwołujący kwestionując ponowne wezwanie z dnia 21 kwietnia 2021 r., kwestionuje *de facto* zaniechanie wykluczenia, będące przedmiotem poprzedniej sprawy odwoławczej, jak również zaniechaniem, na które wniesienie odwołania w obecnych okolicznościach jest spóźnione. Odwołujący, mając świadomość uwzględnienia odwołania, w zakresie dotyczącym KRK, powinien - będąc reprezentowanym przez profesjonalnego pełnomocnika - dalej kwestionować tę czynność, co do odwołania w części faktycznie nieuwzględnionej przez zamawiającego.

Tym samym, z uwagi na umorzenie postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 995/21, zachodzi przesłanka do odrzucenia odwołania w niniejszej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r., poz. 2437), z którego wynika, że w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.

Przewodniczący: