

Sygn. akt: KIO 1251/18

POSTANOWIENIE
z dnia 5 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **5 lipca 2018 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 czerwca 2017 r.** przez wykonawców **Konsorcjum Firm: GISPRO sp. z o.o. (pełnomocnik), PROGIS sp. z o.o. (partner), ul. Warszawska 8, 11-500 Giżycko, z adresem dla siedziby pełnomocnika, ul. Teofila Firlika 19, 71-637 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Gołdapski, ul. Krótka 1, 19-500 Gołdap**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum Firm: GISPRO sp. z o.o. (pełnomocnik), PROGIS sp. z o.o. (partner), ul. Warszawska 8, 11-500 Giżycko, z adresem dla siedziby pełnomocnika, ul. Teofila Firlika 19, 71-637 Szczecin** 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 24 sierpnia 2017 r. 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 Suwałkach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *Cyfryzacja powiatowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego w ramach projektu pn.: Projekt zintegrowanej informacji geodezyjno - kartograficznej Powiatu Gołdapskiego*", część 5 zamówienia, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2018/S 034 - 075104 z 17.02.2018 r., przez Powiat Gołdapski, ul. Krótka 1, 19-500 Gołdap zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 15.06.2018 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - Pracownia Usług Geodezyjnych Libella M.K., ul. Branickiego 20/36, 02-972 Warszawa zwana dalej: „Pracownia Usług Geodezyjnych Libella M.K.” – dla części 5 zamówienia. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta - Konsorcjum Firm: GISPRO sp. z o.o. (pełnomocnik), PROGIS sp. z o.o. (partner), ul. Warszawska 8, 11-500 Giżycko, z adresem dla siedziby pełnomocnika, ul. Teofila Firlika 19, 71-637 Szczecin zwane dalej: „Konsorcjum GISPRO” albo „Odwolującym”.

W dniu 25.06.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum GISPRO wniosło odwołanie na w/w czynności – względem części 5 zamówienia. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 22.06.2018 r. (e-mailem). Stwierdził, że wnosi odwołanie od:

- (1) czynności Zamawiającego polegającej na wybraniu jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Pracownia Usług Geodezyjnych Libella M.K., mimo że M.K., która została wezwana do złożenia wyjaśnień, w tym również do złożenia dowodów celem ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w trybie określonym w art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp” - nie złożyła wymaganych wyjaśnień oraz dowodów na ich poparcie, a tym samym nie obaliła domniemania, że oferta Pracowni Usług Geodezyjnych Libella M.K. nie zawiera rażąco niskiej ceny, co implikowało obowiązek Zamawiającego odrzucenia oferty;
- (2) zaniechania dokonania czynności, tj. odrzucenia oferty Pracowni Usług Geodezyjnych Libella M.K., która pomimo wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień (w tym również dowodów na ich poparcie) w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty - nie

złożyła wymaganych wyjaśnień oraz dowodów na ich poparcie, a tym samym nie obaliła domniemania, że oferta Pracowni Usług Geodezyjnych Libella M.K. nie zawiera rażąco niskiej ceny, co implikowało obowiązek Zamawiającego odrzucenia oferty;

(3) zaniechania dokonania czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Odwołującego, którego oferta w przypadku odrzucenia oferty Pracowni Usług Geodezyjnych Libella M.K., stanowiłaby ofertę najkorzystniejszą.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

(1) art. 7 ust 1 Pzp - poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

(2) art. 90 ust. 3 Pzp - poprzez jego niezastosowanie, polegające na nieodrżuceniu oferty Pracowni Libella w sytuacji, w której Pracownia Usług Geodezyjnych Libella M.K. nie przedłożyła wymaganych wyjaśnień oraz dowodów na ich potwierdzenie, bowiem pismo z 25.04.2018 r., z uwagi na jego lakoniczność i ogólnych charakter, nie może zostać uznany za złożenie wyjaśnień, w szczególności, że nie zostało potwierdzone odpowiednimi dowodami;

(3) art. 90 ust. 2 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp - poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie, skutkujące uznaniem przez Zamawiającego, że pismo z 25.04.2018 r. złożone przez Pracownię Libella, może zostać uznane za wyjaśnienia, o których stanowi art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp, a tym samym uznanie, że Pracownia Usług Geodezyjnych Libella M.K. skutecznie złożyła wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny i nie ziszczyły się przesłanki do zastosowania przepisu art. 90 ust. 3 Pzp;

(4) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp - poprzez ich niezastosowanie w sytuacji, w której Pracownia Usług Geodezyjnych Libella M.K. nie przedłożyła określonych w art. 90 ust. 1 Pzp w z zw. z art. 90 ust. 2 Pzp wyjaśnień (pismo z 25.04.2018 r. nie może być uznane za wyjaśnienia rażąco niskiej ceny) - i tym samym nie obaliła domniemania zaofiarowania rażąco niskiej;

(5) art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez jego niezastosowanie, polegające na niedokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego (owa oferta na podstawie kryteriów oceny ofert zastosowanych przez Zamawiającego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą) i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Pracownię Usług Geodezyjnych Libella M.K.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

(1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Pracownię Usług Geodezyjnych Libella M.K.;

(2) dokonania przez ponownej oceny i badania ofert;

- (3) odrzucenia przez Zamawiającego oferty Pracowni Usług Geodezyjnych Libella M.K.;
- (4) wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego jak również o:
- (5) przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu oraz dowodów, które zostaną przedłożone na rozprawie,
- (6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie przed KIO.

Zamawiający w dniu 25.06.2018 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28.06.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Pracownia Usług Geodezyjnych Libella M.K. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości (skuteczność zakwestionowana przez Odwołującego przed posiedzeniem oraz na posiedzeniu).

W dniu 04.07.2018 r. (e-mailem i faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 04.07.2018 r. (e-mailem) Odwołujący oddzielnym pismem (wniosek o umorzenie), wobec uwzględnienia odwołania w całości, zakwestionował skuteczność zgłoszonego przystąpienia (brak przekazania kopii) i wniósł o umorzenie postępowania.

W dniu 05.07.2018 r. w związku z postanowieniem Izby z 26.06.2018 r. odbyło się posiedzenie niejawnie z udziałem stron.

Na posiedzeniu umocowany pełnomocnik Zamawiającego – nie zmienił swojego oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w całości. Oświadczył również, że przekazał, w dniu wczorajszym Pracowni Usług Geodezyjnych Libella M.K., informację o uwzględnieniu odwołania w całości, okazał dowód na tą okoliczność. Zamawiający w zakresie kopii zgłoszonego przystąpienia stwierdził, że takową kopie otrzymał okazując niniejszą zarazem.

Z kolei Odwołujący podtrzymał swój wniosek o umorzenie postępowania z uwagi na brak przekazania na jego rzecz – kopii zgłoszonego przystąpienia.

W wyznaczonym terminie posiedzenia i rozprawy przed Izbą, czyli 05.07.2018 r., nie stawił się zgłaszający przystąpienie. Izba uznała, że niestawiennictwo na posiedzeniu przed Izbą – Pracownia Usług Geodezyjnych Libella M.K., tj. zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia (dowód

w aktach postępowania), należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów.

Powyższe należy odnieść tak do ewentualnego zakwestionowania stanowiska Odwołującego, co do nie przekazania na jego rzecz kopii przystąpienia (poprzez złożenie dowodu na potwierdzenie okoliczności przeciwnej), jak i z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania. W konsekwencji Izba dała wiarę stanowisku Odwołującego (wobec braku stanowiska i dowodu przeciwnego), że nie przekazano na jego rzecz kopii przystąpienia.

Z tej przyczyny z uwagi na art. 185 ust. 2 zd. 2 Pzp, Izba uznała, że zgłoszone przystąpienie nie jest skuteczne. Izba zwraca uwagę, zgłaszającemu przystąpienie, że tylko w odniesieniu do odwołania istnieje możliwość wezwania do uzupełnienia braków formalnych. (przykładowo za postanowieniem KIO z 17.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2171/12). Nadto, jak zasadnie zauważyła Izba w postanowieniu z 12.02.2015 r., sygn. akt: KIO 237/15: *"ustawodawca nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego możliwości uzupełniania braków zgłoszenia przystąpienia. [przepisy ustawy Pzp nie znają instytucji wezwania do uzupełniania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Odpowiednie przepisy ustawy Pzp (art. 187 ust. 3-7 ustawy Pzp), na zasadzie wyjątku, dopuszczają jedynie - w określonych w nich okolicznościach - uzupełnienie odwołania.] Stąd też należy wywieść, że przystąpienie nie spełniające wymogów, co do formy wniesienia, terminu, braków formalnych w postaci :*

- *nie posiadania przymiotu wykonawcy (w tym również wykazania umocowania do działania w jego imieniu przy pierwszej czynności w postępowaniu tj. przy zgłoszeniu przystąpienia)*
- *braku wskazania strony, do której się przystępuje oraz*
- *interesu w uzyskaniu korzystnego dla strony, do której się przystępuje rozstrzygnięcia, a także*
- *nie przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu,*

nie może być uznane za skuteczne i Izba w takim przypadku zobligowana jest nie dopuścić przystępującego do udziału w postępowaniu." Podobnie o braku możliwości uzupełniania braków formalnych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego Izba wypowiedziała się m.in. w sprawach o sygn. akt: KIO 216/15, KIO 2665/14, KIO 2308/14, KIO 878/14, KIO 692/14, KIO 2734/13, czy też KIO 121/13.

Należało bowiem uznać odnosząc do obu wskazanych na wstępie kwestii, a w szczególności wobec uwzględnienie w całości – co do sprzeciwu, 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 (albo przedstawić dowód że kopia przystąpienia została przekazana Odwołującemu). 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.

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 (albo przedstawienia dowodu że kopia przystąpienia została przekazana Odwołującemu). Skoro odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na posiedzenie 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 (albo przedstawienia dowodu że kopia przystąpienia została przekazana Odwołującemu).

W konsekwencji, w niniejszej sprawie umorzenie postępowania nastąpiło na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, na którym Przystępujący po stronie Zamawiającego /(zgłaszający przystąpienie)/ (w tym wypadku przystąpienie nie było skuteczne, ale przedstawione wywody są aktualne co do zasady - gdyby był obecny) mógł wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego (albo przedstawić dowód że kopia przystąpienia została przekazana Odwołującemu). Brak stawiennictwa Przystępującego po stronie Zamawiającego nie uniemożliwił zatem umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp.

Izba uznaje także, że profesjonalny uczestnik postępowania, którym bezspornie jest Przystępujący (zgłaszający przystąpienie) 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 oświadczył na posiedzeniu, że przesłał Przystępującemu po jego stronie (zgłaszającemu przystąpienie) – e-mailem - swoją odpowiedź na odwołanie w ramach której uwzględniła odwołanie w całości (dowód na tą okoliczność została okazana na posiedzeniu). 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 oraz z 06.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1770/17.

Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć. Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, zgodnie z żądaniem Odwołującego, a przystąpienie po stronie Zamawiającego zostało uznane za nieskuteczne (nie przekazano na rzecz Odwołującego kopii przystąpienia), czyli nie miało miejsca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1251/18 na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy 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 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 (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 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz.14) - 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:

.....