

POSTANOWIENIE
z dnia 12 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 12 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. K. oraz R. P. prowadzących działalność gospodarczą pod wspólną firmą P.R.U.H. Arma-Pol S. K. R. P. s.c. w Brzeszczach (32-620), ul. Nosala 1 oraz Armatury Group a.s., Bolaticka 2045/39, Kouty, 747 21 Kravare, Czechy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie (02-337), ul. Mszczonowska 4**

przy udziale:

- wykonawcy: **CP Trade sp. z o.o. w Krakowie (30-733), ul. Obrońców Modlina 16,**
- wykonawcy: **Gazomet sp. z o.o. w Rawiczu (63-900), ul. Sarnowska 2**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umarza postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. K. oraz R. P. prowadzących działalność gospodarczą pod wspólną firmą P.R.U.H. Arma-Pol S. K. R. P. s.c. w Brzeszczach (32-620), ul. Nosala 1 oraz Armatury Group a.s., Bolaticka**

2045/39, Kouty, 747 21 Kravare, Czechy kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa armatury wraz z napędami na potrzeby budowy gazociągu Czeszów-Wierzchowice” zostało wszczęte przez zamawiającego: Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby w piśmie z dnia 29 maja 2015 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2015/S 028-047871) w dniu 10 lutego 2015 r.

W dniu 28 maja 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S. K. oraz R. P. prowadzących działalność gospodarczą pod wspólną firmą P.R.U.H. Arma-Pol S. K. R. P. s.c. oraz Armatury Group a.s. zwanych dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, odrzucenia złożonej przez niego oferty w zakresie każdej z trzech części zamówienia oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie każdej z trzech części zamówienia. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. „art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 104 kc oraz w zw. z art. 23 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe i art. 438 kodeksu cywilnego Republiki Czeskiej poprzez uznanie, że oferta Odwołującego podpisana przez Pana R. P. w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 16 marca 2015r. udzielone przez wspólników spółki cywilnej P.R.U.H. ARMA - POL R. P. i S. K. oraz przez Dyrektora Zarządzającego. Armatury Group a.s. Pana P. G. jest nieważna, gdyż Pan P. G. nie był uprawniony do udzielenia dalszego pełnomocnictwa Panu R. P.,
2. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 106 kc. oraz w zw. z art. 23 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe poprzez przyjęcie, że upoważnienie do udzielenia dalszego pełnomocnictwa musi wynikać z treści pełnomocnictwa, w sytuacji, gdy poprzez art. 23 ustawy prawo prywatne .międzynarodowe do Oceny pełnomocnictwa ma zastosowanie prawo Republiki Czeskiej,

3. *art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. poprzez przyjęcie, że pełnomocnictwo upoważniające do działania w imieniu wykonawcy nie może być opatrzone datą późniejszą niż upływ terminu do składania ofert,*
4. *art. 65 § 1 kc w zw. z art. ait. 14 Pzp poprzez dokonanie wykładni pełnomocnictwa z pominięciem intencji mocodawcy, zasad współżycia społecznego oraz przejętych zwyczajów,*
5. *art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że w postępowaniu o udzielenie- zamówienia zachodziły przesłanki do wykluczenia Odwołującego, a tym samym uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą pomimo tego, że wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu.”*

Podnosząc tak zakrojone zarzuty, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach każdej z trzech części zamówienia, a następnie ponownej oceny ofert w ramach każdej z trzech części zamówienia z udziałem złożonej przez niego oferty oraz uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

W dniu 8 czerwca 2015 r., tj. przed rozpoczęciem posiedzenia Izby z udziałem stron, Zamawiający doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której zawarł oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Zgodnie z przekazaną Prezesowi Izby informacją zawartą w piśmie z dnia 29 maja 2015 r., kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego Zamawiający w dniu 28 maja 2015 r. przesłał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

W dniu 1 czerwca 2015 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczyli, niezależnie od siebie, wykonawcy: CP Trade sp. z o.o. w Krakowie oraz Gazomet sp. z o.o. w Rawiczu, zwani dalej Przystępującymi.

Strony nie kwestionowały skuteczności powołanych zgłoszeń, nie zgłosiły wobec tych przystąpień opozycji. Izba uznała każde z powołanych zgłoszeń przystąpienia do postępowania odwoławczego za skuteczne, a tym samym powołani wykonawcy uzyskali status uczestnika postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego zostało wyznaczone na dzień 12 czerwca 2015 r., na godzinę 10:00. Każdy z dwóch Przystępujących został prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia - odpowiednie pisma doręczono im za pośrednictwem faksu w dniach 5 i 8 czerwca 2015 r. Każdy z dwóch Przystępujących potwierdził fakt otrzymania odpowiedniego faksu, co odpowiadało przepisowi § 15 ust. 4 w zw. z § 15 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 964).

Żaden z dwóch Przystępujących nie stawiał się na wyznaczone posiedzenie Izby w dniu 12 czerwca 2015 r. o godzinie 10:00.

W ocenie Izby, w tak ustalonym stanie faktycznym, niestawiennictwo Przystępujących, pomimo prawidłowego ich zawiadomienia o terminie posiedzenia Izby, uznać należało za równoznaczne ze zrezygnowaniem przez nich z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, co musiało zostać ocenione za tożsame z niezłożeniem przez nich sprzeciwu. Izba podejmując to rozstrzygnięcie uwzględniła pogląd wyrażony w sprawie KIO 2100/14: *„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. Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, przystępujący miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów. Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawiał się na posiedzenie Izby wyznaczone w dniu 22 października 2014 r. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe, co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatecznej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest wyznaczenie rozprawy. Jest to zatem faza, w której następuje koncentracja środków ochrony prawnej. Omawiany etap postępowania odwoławczego następuje 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. W szczególności przewidziany w § 13 ust. 2 pkt 3 tego rozporządzenia 3-dniowy termin na wyrażenie przez przystępującego po stronie*

zamawiającego sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, znajduje zastosowanie na etapie postępowania odwoławczego przed wyznaczeniem posiedzenia z udziałem stron i uczestników. Tym samym w analizowanej sprawie podzielono stanowisko już uprzednio wyrażane przez Izbę w podobnych sytuacjach w postanowieniu z 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), postanowieniu z 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), postanowieniu z 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14) czy postanowieniu z 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1575/10).”

Niezależnie od powyższego, Izba ustaliła, że w dniu 1 czerwca 2015 r. Prezesowi Izby doręczono ponadto zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego dokonane w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „D.E.F.T. Polska” M. B. oraz MSA a.s. Zgłoszenie to doręczono Prezesowi Izby tak w formie pisemnej, jak i w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W każdej z powołanych dwóch form podpis pod zgłoszeniem przystąpienia złożył M. B. . Do każdej z dwóch form zgłoszenia załączone zostało pełnomocnictwo z dnia 2 marca 2015 r., a także umowa konsorcjum podpisana w imieniu obu konsorcjantów z tą samą datą. Zgodnie z treścią obu tych dokumentów pełnomocnikiem mającym reprezentować wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „D.E.F.T. Polska” M. B. oraz MSA a.s.) miał być M. B. – pkt II.1 pełnomocnictwa oraz § 4 umowy konsorcjum. Tak pełnomocnictwo, jak i umowę konsorcjum, ze strony MSA a.s. podpisane zostało przez J. H. – Dyrektora Wykonawczego, działającego, zgodnie z informacją, którą opatrzoną był jego podpis, na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 grudnia 2014 r. Wraz z doręczonymi Prezesowi Izby zgłoszeniami przystąpienia (w żadnej z dwóch jego form) nie zostało złożone powołane pełnomocnictwo z dnia 8 grudnia 2014 r. Nie został też przedstawiony żaden inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania MSA a.s. tak przez J. H., jak i przez inne osoby, w tym m.in. odpis z właściwego rejestru. Tym samym nie zostało wykazane, aby zgłoszenie przystąpienia (w którejkolwiek z dwóch doręczonych Prezesowi Izby form) zostało podpisane przez osobę, która została należycie umocowana

do reprezentowania obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jak zasadnie zauważyła Izba w sprawie 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: KIO 216/15, KIO 2665/14, KIO 2308/14, KIO 878/14, KIO 692/14, KIO 2734/13, czy też KIO 121/13.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że zgłoszonego w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „D.E.F.T. Polska” M. B. oraz MSA a.s. przystąpienia nie można było uznać za skuteczne, a samych wykonawców za uczestnika postępowania odwoławczego.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami Izba uznała, że uczestnicy postępowania odwoławczego, który przystąpili w sposób skuteczny do postępowania po stronie zamawiającego - Przystępujący, nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego. Tym samym, w ocenie Izby, w rozpoznawanej sprawie zachodziły przesłanki określone w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego. Mając na uwadze to przekonanie Izba rozstrzygnęła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10, w związku z art. 186 ust. 6 pkt 2) lit b) ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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. Nr 41, poz. 238), a w szczególności § 5 ust. 1 pkt 2) lit. a) powołanego rozporządzenia. Uwzględniając powołane przepisy Izba uznała, iż wpis wpłacony przez Odwołującego podlega zwrotowi, zaś koszty poniesione przez Strony znosi się wzajemnie.

Przewodniczący: