

Sygn. akt KIO 1835/17

## POSTANOWIENIE

z dnia 11 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Edyta Paziewska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i zgłaszającego przystąpienie w dniu **11 września 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 września 2017 r.** przez wykonawcę: „E.” J.J. i A.J. Sp. J., (...), w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gdański Zarząd Dróg i Zieleni, ul. Partyzantów 36, 80-254 Gdańsk**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego: **F.S. S.A., (...)**

- **wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego**

### orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Znosi wzajemnie koszty między stronami.
3. Nakazuje zwrot z rachunku **Urzędu Zamówień Publicznych** kwoty **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz odwołującego „E.” J.J. i **A.J. Sp. J., (...)**, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

### Uzasadnienie:

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Utrzymanie urządzeń oświetlenia ulic i urządzeń elektrycznych na terenie Gminy Miasta Gdańska”, o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, (ogłoszenie w Dz. Urz. UE z dnia 31.05.2017 r. nr 2017/S 103-205678), w dniu 4 września 2017 r. zostało wniesione w postaci elektronicznej odwołanie przez firmę: „E.” J.J. i A.J. Sp. J. z siedzibą w G. (dalej zwany także „odwołującym” lub „E.”). W kopii odwołanie przekazano zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołanie wniesiono wobec czynności zamawiającego polegającej na niezgodnym z prawem dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez konsorcjum: F.S. S.A., (...) (lider), F.S. S.A. (uczestnik konsorcjum) oraz zaniechaniu odrzucenia tej oferty, jak również zaniechaniu udostępnienia wyjaśnień konsorcjum F.S. dotyczących rażąco niskiej ceny, o czym odwołujący powziął wiadomość w dniu 24 sierpnia 2017 r. z zawiadomienia drogą elektroniczną o wyborze oferty tego wykonawcy.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Gdańskiemu Zarządowi Dróg i Zieleni naruszenie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej „ustawą Pzp,” mających wpływ na wynik postępowania, tj.:

1. art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) ("uznk") oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, skutkujące zaniechaniem ujawnienia i udostępnienia wyjaśnień złożonych przez F.S. S. A. w celu ustalenia czy oferta ww. wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy zastrzeżenie w całości wyjaśnień dotyczących ceny, jako tajemnicy przedsiębiorstwa było niezasadne i nieudowodnione;

2. art. 90 ust. 1 i 1a oraz 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wielokrotne wzywianie F.S. S.A. do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, celem ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców;

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez F.S. S.A., pomimo że wykonawca nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w wyznaczonym terminie, a jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty F.S. jako oferty niezgodnej z SIWZ z uwagi na brak w ofercie wymaganych informacji dotyczących podwykonawstwa, co stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. udostępnienia wyjaśnień F.S. S.A. dotyczących rażąco niskiej ceny,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. dokonanie ponownej oceny i badania ofert,
4. w tym odrzucenie oferty F.S. S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 września 2017 r. podpisanej przez Dyrektora Gdańskiego Zarządu Dróg i Zieleni p. Mieczysława Kotłowskiego oświadczył: *„Zamawiający uwzględnia złożone odwołanie w całości. W przypadku braku sprzeciwu, co do powyższej decyzji, wniesionego na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp przez przystępującego F.S. S.A. wnioskujemy o umorzenie postępowania.”*

Na wezwanie zamawiającego z dnia 5 września 2017 r. przesłane drogą elektroniczną - do wykonawców uczestniczących w postępowaniu - przystąpienie do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ustawy Pzp złożyła w dniu 7 września 2017 r., w postaci pisemnej - po stronie zamawiającego firma: F.S. S.A. (w kopii przekazane stronom), która wnosila o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego i uzasadniała, że ma interes w rozstrzygnięciu sprawy na korzyść zamawiającego, albowiem jej oferta została wybrana do realizacji zamówienia.

Jak wynika z formularza ofertowego - wykonawcą (zbiorowym wspólnie ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie) - w rozumieniu art. 23 ustawy Pzp jest konsorcjum w składzie: F.S. S.A., (...) (lider), F.S. S.A. (...) (uczestnik konsorcjum).

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci

papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Izba postanowiła nie dopuścić firmy F.S. S.A. do udziału w postępowaniu odwoławczym, gdyż przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie zostały wykazane, zgłaszający przystąpienie nie jest wykonawcą, któremu udzielono zamówienia, gdyż wykonawcą w rozumieniu art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Pzp jest konsorcjum, które złożyło jedną wspólną ofertę, zatem całe konsorcjum ma wyłączny interes w utrzymaniu tej czynności zamawiającego w mocy i uprawnienie do korzystania ze środków ochrony prawnej.

W związku z powyższym należało stwierdzić, że przystąpienie zostało wniesione wyłącznie w imieniu i na rzecz firmy F.S. S.A.

Skoro status wykonawcy przysługuje wszystkim łącznie uczestnikom konsorcjum, przystąpienie mogło zostać skutecznie wniesione wyłącznie w imieniu całego konsorcjum, a nie jedynie firmy będącej liderem konsorcjum. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie, stosownie do dyspozycji art. 23 ust. 2 Pzp konsorcjanci ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu.

F.S. S.A. nie ubiega się sam o przedmiotowe zamówienie i zarzuty odwołania nie odnoszą się do jakiegokolwiek oferty złożonej samodzielnie przez F.S. S.A. nie ma więc możliwości zawarcia umowy z zamawiającym wyłącznie przez F.S. S.A. Także treść pełnomocnictwa załączonego do zgłoszenia przystąpienia świadczy, że zostało ono wystawione do reprezentowania jedynie spółki F.S. S.A. Z żadnego z omawianych dokumentów, ani z przystąpienia, ani z załączonego pełnomocnictwa nie wynika, że dotyczy ono konsorcjum: F.S. S.A. i F.S. S.A. jako wykonawcy uczestniczącego w przedmiotowym postępowaniu, który złożył jedną ofertę wspólną i ma interes w popieraniu czynności zamawiającego wyboru tej oferty do realizacji zamówienia

W postępowaniu samodzielnie nie została złożona oferta przez firmę F.S. S.A. - nie może ona zatem uzyskać samodzielnie zamówienia, skoro nie składała oferty. W tej sytuacji należało uznać, że firma pełniąca funkcję pełnomocnika konsorcjum, może jedynie działać w imieniu i na rzecz wszystkich podmiotów, w tym przypadku w imieniu także partnera umowy konsorcjum, który w przystąpieniu nie został wymieniony jako wspólnie zgłaszający przystąpienie. Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła w postanowieniach o sygn. akt: KIO 928/10, KIO/UZP 1176/09, KIO 411/15, KIO 480/17 dotyczących odwołań wnoszonych przez część podmiotów składających ofertę wspólną. W takich przypadkach odwołanie jest odrzucane na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Izba nie jest władna weryfikować oznaczenia strony w piśmie w sprawie przystąpienia w taki sposób, aby nadać nieuprawnionemu podmiotowi wnoszącemu o dopuszczenie do postępowania odwoławczego, charakter wykonawcy. Nie jest także uprawniona do uzupełniania w tym zakresie braków, gdyż takie podstawy nie wynikają z postanowień art. 187 ust. 3 ustawy, oraz w § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964, Dz. U. z 2017 r. poz. 14) - nawet w odniesieniu do odwołań.

Dokumenty w zakresie umocowania do reprezentowania F.S. S.A. zostały złożone, tyle że nie potwierdzają one umocowania do działania w imieniu konsorcjum, które jest oferentem uczestniczącym w tym przetargu.

Skoro firma F.S. S.A. nie została dopuszczona do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - nie przysługiwało jej prawo złożenia sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego w trybie art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż przepis ten stanowi, że jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie. Postanowienia § 22 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań wiążą udział w sprawie odwoławczej zgłaszającego przystąpienie wykonawcy, od skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Przepis art. 186 ust. 2 ustawy Pzp stwierdza, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym (...) pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym, po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Wobec stwierdzenia, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a skutecznego zgłoszenia przystąpienia po jego stronie nie złożył żaden wykonawca, Izba działając na podstawie art. 186 ust. 2 w związku z art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp - umorzyła postępowanie odwoławcze, o czym orzekła postanowieniem.

W takich okolicznościach zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Izba miała na uwadze, że uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem wyznaczonego posiedzenia z udziałem stron, zatem z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 lit. b ustawy Pzp koszty

znosi się wzajemnie między stronami. Jednocześnie, w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego, Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczanego wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1) 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. Nr 41, poz. 238, ze zm. Dz. U. 2017 r. poz. 47).

**Przewodniczący:**

.....