

Sygn. akt: KIO 1832/20

POSTANOWIENIE
z dnia 30 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 1 i 30 października 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2020r. przez wykonawcę Hydroinstal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku, ul. Jastrzębska 12 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polska Grupa Górnicza spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: DGP CLEAN PARTNER spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, ul N.M Panny 5/e-Lider; SE BAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul Jesionowa 9/A-Uczestnik; DGP PROVIDER spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopot, Al. Niepodległości 775/, TMG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, ul. N.M Panny 14; PARTNER MEDICA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, ul N.M Panny 5/e zgłaszający swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1832/20 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł. 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Hydroinstal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku, ul. Jastrzębska 12 tytułem zwrotu 90% wpisu od odwołania,
3. zasądza od wykonawcy Hydroinstal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku, ul. Jastrzębska 12 na rzecz zamawiającego Polska Grupa Górnicza spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30 kwotę 3 600zł. 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 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 Katowicach.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1832/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na

świadczenie usług w zakresie obsługi łaźni górniczych w Polskiej Grupie Górniczej SA. Oddział KWK ROW - zadanie nr 2 zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2019r. pod numerem 2019/S 241-593378.

W dniu 24 lipca 2020r. zamawiający udostępnił wykonawcom wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone w przedmiotowym postępowaniu uznając skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 3 sierpnia 2020r. odwołanie wniósł wykonawca Hydroinstal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku, ul. Jastrzębska 12 - zwany dalej odwołującym. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 lipca 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 3 sierpnia 2020r.

Odwołujący wniósł odwołanie od:

- 1) czynności podjętej przez zamawiającego w postępowaniu w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) zaniechania przez zamawiającego odrzucenia ofert pozostałych wykonawców z powodu braku wyjaśnienia rażąco niskiej ceny,
- 3) zaniechania przez zamawiającego wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

Odwołujący zarzucił zamawiającemu oczywiste naruszenie art 7 ust 1 ustawy przez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i przejrzystości w postaci zaniechania ciążącego na zamawiającym obowiązku potwierdzenia braku przesłanek do stwierdzenia występowania czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 15 ust ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz.U. 2019 poz. 1010 ze zm.) (dalej UZNK), tj. utrudniania dostępu innym przedsiębiorcom do rynku, w szczególności przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców, w tym m. in. przy wykorzystaniu pomocy publicznej (stosownie do art 90 ust 1 pkt 2 ustawy). Ponadto, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art 90 ust 3 ustawy przez nieodrzućenie ofert do których nie było prawidłowo złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny (stosownie do art. 90 ust 1 pkt 2 i 5 ustawy), a do których wezwania zamawiający był zobowiązany na podstawie art 90 ust 1a ustawy.

Żądania

Wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: DGP CLEAN PARTNER sp. z o.o. 59-220 Legnica, ul N.M. Panny 5/e-Lider; SE BAN sp. z o.o. 40-159 Katowice, ul Jesionowa 9/A-Uczestnik; DGP PROVIDER sp. z o.o. 81-805 Sopot, Al. Niepodległości 775/2-Uczestnik; 7MG sp. z o.o. 59-220 Legnica, ul. N.M Panny 14-Uczestnik; PARTNER MEDICA sp. z o.o. 59-220 Legnica, ul N.M Panny 5/e-Uczestnik (zwany dalej "Konsorcjum Clean")
- 2) odrzucenia ofert ww. wykonawców: Konsorcjum Clean oraz Konsorcjum firm: Grupa PROBUD sp. z o.o. 44-100 Gliwice, ul Jagiellońska 4 - Lider; Spółka Inwestycji Górniczych sp. z o.o. 44-200 Gliwice, Jagiellońska 4 - Uczestnik (zwany dalej "Konsorcjum Probud")
- 3) powtórzenia stosownych czynności w zakresie prawidłowej oceny ofert,
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, spośród zakwalifikowanych ofert.

W dniu 3 sierpnia 2020r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 6 sierpnia 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: DGP CLEAN PARTNER spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, ul N.M. Panny 5/e-Lider; SE BAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul Jesionowa 9/A-Uczestnik; DGP PROVIDER spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopot, Al. Niepodległości 775/, 7MG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, ul. N.M Panny 14; PARTNER MEDICA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, ul N.M Panny 5/e, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący wskazali, że zgodnie z wynikiem

postępowania o udzielenia zamówienia, oferta przystępującego została uznana za najkorzystniejszą. Przystępujący ma interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, bowiem oferta przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu wobec czego oddalenie odwołania wniesionego w przedmiotowej sprawie w zakresie czynności zamawiającego, usankcjonuje ważność dokonanego przez zamawiającego wyboru oferty i tym samym przystępujący uzyska zamówienie. Słuszność powyższego stanowiska potwierdza m. in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2012 roku o sygn. KIO 1068/12: „Wykonawca, którego oferta została wybrana ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, utrzymującego taki wynik postępowania.” Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 sierpnia 2020r. udzielonego przez osoby umocowane do reprezentacji poszczególnych spółek tworzących przystępujące konsorcjum - zgodnie z zasadami reprezentacji każdej z nich. Kopia przystąpienia została przekazana w dniu 6 sierpnia 2020 r. zamawiającemu oraz odwołującemu na adres mailowy podany w formularzu ofertowym oraz w JEDZ część II lit. A.

W dniu 28 sierpnia 2020r. odwołujący zgłosił opozycję i wniósł o uznanie za bezskuteczne rzekomego przystąpienia DGP CLEAN PARTNER sp. z o.o. 59-220 Legnica, ul. N.M Panny 5/e-Lider; SEBAN sp. z o.o. 40-159 Katowice, ul. Jesionowa 9/A-Uczestnik; DGP PROVIDER sp. z o.o. 81-805 Sopot, Al. Niepodległości 775/2-Uczestnik; 7MG sp. z o.o., 59-220 Legnica, ul. N.M Panny 14-1Uczestnik; PARTNER MEDICA sp. z o.o. 59-220 Legnica, ul. N.M Panny 5/e-Uczestnik (zwany dalej "Konsorcjum Clean") i nie dopuszczenie rzekomego przystępującego do udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu wskazał, że jako pełnomocnik dostałem wczoraj (25 sierpnia 2020 r.) przekazaną ustnie informację od swojego mocodawcy - odwołującego, jakoby Konsorcjum Clean złożyło przez swojego pełnomocnika Iwonę Januszewską (dalej "Pełnomocnik Clean") przystąpienie po stronie zamawiającego, wysyłając jego "kopię" (z relacji jego mocodawcy wynika, że nawet nie kopię, co byłoby zgodne z wymogiem ustawowym, ale oryginał - przy czym to pełnomocnik pominął jako mniej istotne) do jego mocodawcy (podobno przy okazji bezpodstawnie podając adres e-mail i numer telefonu jego mocodawcy jako pełnomocnika). Jest to dla pełnomocnika niezrozumiałe, ponieważ niewątpliwie wszelkie pisma w sprawie winny być kierowane do pełnomocnika odwołującego, nie zaś do samego odwołującego.

Co istotne, do dzisiaj pełnomocnik nie otrzymał kopii rzekomego przystąpienia.

Zauważył, że zamawiający opublikował 3 sierpnia 2020 r. na swojej stronie doręczoną mu kopię odwołania (dowód: Potwierdzenie opublikowania przez zamawiającego doręczonej mu kopii odwołania dostępne również pod linkiem: a zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1298/15: Publikacja kopii odwołania wraz ze stosowanym wezwaniem na stronie internetowej jest równoznaczna z otrzymaniem kopii odwołania wyznaczającym początek biegu terminu na zgłoszenie przystąpienia zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r, Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.),

Na podstawie art. 185 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2019 poz. 1843 ze zm.) (dalej PZP), do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o sędzię polubownym (arbitrażowym). Natomiast na podstawie art. 13 par 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (tekst jednolity Dz.U. 2019 poz. 1460 ze zm.) (dalej KPC) przepisy o procesie stosuje się odpowiednio do innych rodzajów postępowań unormowanych w KPC, a art. 133 par. 3 zd. 1 KPC stanowi, że jeżeli ustanowiono pełnomocnika procesowego lub osobę upoważnioną do odbioru pism sądowych, pisma sądowe doręcza się tym osobom.

Brak prawidłowego doręczenia ww. kopii jest brakiem formalnym przystąpienia.

Jak słusznie zauważa A. Matusiak (Legalis) w Komentarzu do Art. 185 PZP (red. Jaworska 2020, wyd. 12): "Nie ulega wątpliwości, że uczestnikiem postępowania odwoławczego staje się wykonawca, który przystąpił do tegoż postępowania (art. 185 ust. 3 PrZamPubl), jak i to, że takie przystąpienie, aby było skuteczne winno być dokonane zgodnie z ustawowo określonymi warunkami i terminem. Ustęp 2 komentowanego przepisu stanowi, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Termin ten ma charakter terminu zawitego i nie podlega przywróceniu. Stąd też zgłoszenie przystąpienia po upływie ustawowego terminu, powoduje utratę prawa do udziału w postępowaniu odwoławczym i uzyskania statusu uczestnika postępowania odwoławczego, Warunkiem koniecznym warunkującym skuteczność zgłoszenia przystąpienia jest również przekazanie jego kopii zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

O ile braki formalne odwołania mogą być naprawione w trybie art. 187 ust. 3-7 ustawy jak i w trybie odpowiadających przepisom par. 9 Regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, o tyle ustawodawca nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego możliwości uzupełniania braków zgłoszenia przystąpienia. Stąd też należy uznać, że przystąpienie nie spełniające wymogów, co do formy wniesienia, terminu, braków formalnych w postaci:

- 1) braku wskazania strony, do której się przystępuje oraz
- 2) interesu w uzyskaniu korzystnego dla strony, do której się przystępuje rozstrzygnięcia, a także 3) nie przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu,

- nie może być uznane za skuteczne i KIO w takim przypadku zobligowana jest nie dopuścić przystępującego do udziału w postępowaniu. ”

Potwierdza to również J. Pieróg w swoim komentarzu do art. 185 PZP (2019, wyd. 15 (Legalis) poprzez stwierdzenie: "Nieprzesłanie kopii przystąpienia. Jednym z wymogów formalnych wnoszonego przystąpienia jest przesłanie jego kopii zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2). Oceny skutków nieprzesłania kopii przystąpienia dokonała wielokrotnie KIO podkreślając, że w takim przypadku wykonawca nie może zostać dopuszczony do postępowania odwoławczego. Przykładowo można wskazać na wyr. KIO z 29.6.2016 r., (KIO 1028/16, Legalis), postanowienie z 11.7.2016 r., (KIO 11/62, niepubl.) czy wyrok z 30.10.2015 r. (KIO 2257/15, Legalis). Dodatkowo ułatwione było spełnienie tego wymogu poprzez obniżony względem odwołania wymóg, bowiem wystarczające było samo przesłanie kopii przystąpienia, a nie jej doręczenie - co też zauważa Krajowa Izba Odwoławcza w tezach:

- 1) w wyroku z dnia 21 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2313/17:
- 2) wyroku z dnia 21 września 2018 r., sygn. akt KIO 1805/18:

Podsumowując, nie ulega dla pełnomocnika odwołującego wątpliwości, że jeżeli Konsorcjum Clean przez swojego pełnomocnika faktycznie złożyło przystąpienie to tego pisma nie doręczyła potwierdzenia przesłania kopii swojego przystąpienia pełnomocnikowi odwołującemu, a jedynie potwierdzenie przesłania kopii swojego przystąpienia odwołującemu, wobec czego, jak wyżej wskazano, przystąpienie Konsorcjum Clean nie może być uznane za skuteczne i KIO w takim przypadku zobligowana jest nie dopuścić przystępującego do udziału w postępowaniu.

W dniu 29 września 2020r. odwołujący przedstawił pisemne stanowisko podkreślając że:
Naruszenia zamawiającego:

naruszenie zasady jawności i przejrzystości (art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy)

- naruszenie zasady nakazującej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy), choć w pozostają w związku, są odrębne i niezależne od siebie.

Zamawiający nie tylko nie potwierdził wiarygodnie, ale nawet nie poinformował odwołującego o tym, czy wykonawcy zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa wykazali, że zastrzeżone informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Już samo nieprzekazanie informacji przez zamawiającego o ww. fakcie wykazania i podstawach do takiej tajemnicy, (niezależnie od ich istnienia) stanowi naruszenie zasady jawności i przejrzystości przez zamawiającego.

Co również dla odwołującego istotne, stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy, wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy - w tym informacji dotyczących ceny, a niewątpliwie wyjaśnienie rażąco niskiej ceny jest informacją dotyczącą ceny. Ma to tym większe znaczenie, że szczególnie w przypadku, gdy jedynym kryterium wyboru ofert jest cena (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia - Część XXII. Kryteria oceny oferty - Cena oceniana brutto - Znaczenie (waga) 100 pkt).

Uwzględniając treść art. 8 ust. 2 i 3 ustawy - bezpodstawne i nieuzasadnione zastrzeżenie klauzulą "tajemnica przedsiębiorstwa" nie jest przypadkiem określonym w ustawie. Wykonawcy zastrzegający klauzulę tajności nie wykazali, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa - nie potwierdził też tego zamawiający, a wykazanie takie jest warunkiem skorzystania z tajności - tak też: M. Jaworska w komentarzu do Art. 8 PZP red. Jaworska 2020, wyd. 12, C.H Beck; Szustakiewicz w komentarzu do Art. 8 PZP red. Sieradzka 2018, wyd. 1; oraz Pieróg w komentarzu do Art. 8 PZP, 2019, wyd. 15 - "Drugim elementem podjętych niezbędnych działań jest wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykazanie to powinno nastąpić wraz z zastrzeżeniem.

Stanowisko to potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza KIO 298/19 - wyrok KIO z dnia 07-03-2019) Odwołujący powołał także stanowisko doktryny w komentarzu do Art. 7 PZP red. Jaworska 2018, wyd. 1. oraz orzeczenie KIO 1878/19 - wyrok KIO z dnia 10-10-2019), orzeczenie KIO 1797/18 - wyrok KIO z dnia 28-09-2018, orzeczenie KIO 2364/19 - wyrok KIO z dnia 05-12-20191.

Zamawiający zdaniem odwołującego naruszył art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i zasadę przejrzystości i jawności, tzn. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum Clean i Konsorcjum Probud, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty. Brak jest też informacji o korzystaniu (w tym legalnym, zgodnym z prawem korzystaniu) z pomocy publicznej w zakresie m. in. dotacji i dofinansowań, które ze swej natury nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa jako informacje dotyczące ceny i będące poza zakresem definicji tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz.U. 2019 poz. 1010 ze zm.) (dalej UZNK).

Tym samym powstaje niejasność (naruszająca zasadę przejrzystości i jawności) w zakresie zgodnego z prawem korzystania z pomocy publicznej mogącej mieć wpływ na naruszenie art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK.

Brak wykluczenia naruszenia ww. przepisu prowadzi do naruszenia interesów odwołującego składającego ofertę na warunkach rynkowych i adekwatnych do charakteru przedmiotu zamówienia, jak również interesu zamawiającego.

Przyjmując nawet (choć według odwołującego bezpodstawnie), że część wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawców zastrzegających taką tajność, mogłaby być objęta tajemnicą przedsiębiorstwa to jednak nie ma podstaw, by objąć tajnością wszystkie elementy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a zamawiający nie udostępniając tych wyjaśnień co do żadnej z części, bez wątpienia naruszył zasady opisane na wstępie.

Podsumowując, istnieje uzasadnione podejrzenie, że wykonawca oferujący najniższą z rażąco niskich cen, który nie chce ujawnić obowiązkowego wyjaśnienia w tej sprawie, dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji. Przez fakt dopuszczenia przez zamawiającego takiego podejrzenia narusza on zasadę nakazującą przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Jednocześnie odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w kwocie 3600 zł (koszty wynagrodzenia pełnomocnika) oraz o zasądzenie zwrotu kosztów uiszczonego wpisu od odwołania w kwocie 15 000 pln (piętnastu tysięcy złotych), na które składają się :

- 1) uiszczony przez odwołującego wpis od odwołania w kwocie 15 000 pln (potwierdzenie w aktach),
- 2) poniesione przez odwołującego koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 pln,
- 3) poniesione przez odwołującego koszty związane z dojazdem na rozprawę przed Krajową Izbą Odwoławczą w kwocie 300 pln,
- 4) opłata skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł.

W dniu 1 października 2020r. zamawiający złożył fakturę wnosząc o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego.

Na posiedzeniu z udziałem stron zgłaszający przystąpienie wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy, gdyż kopia odwołania nie została przekazana zamawiającemu w sposób określony przez zamawiającego w siwz jako dopuszczalna droga komunikacji - tj. komunikacja elektroniczna.

Odwołujący wniósł o nieotwieranie rozprawy w dniu 30 października 2020r. z uwagi na brak skutecznego powiadomienia o terminie rozprawy - powiadomiono go jedynie o terminie posiedzenia i uczynił to Prezes Izby, a nie skład orzekający.

Odwolujący na posiedzeniu z udziałem stron złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy. Izba postanowiła oddalić opozycję odwołującego. Izba wskazała, że zgodnie z art. 185 ust. 7 ustawy istotnie do postępowania odwoławczego mają zastosowanie przepisy kodeksu postępowania cywilnego, ale jedynie w odniesieniu do części V Sąd polubowny (arbitrażowy), a ta część nie tylko, że nie odsyła do części ogólnej Kodeksu, w tym do powołanego przez pełnomocnika art. 13 par. 2 czy art. 133 par. 3 kpc, ale wprost stanowi w art. 1184 par 2 zd. 2 kpc, że sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu przed sądem, co więcej art. 1160 kpc zawiera definicję doręczenia na potrzeby postępowania przed sądem polubownym. Tym samym oczekiwanie, że kopia przystąpienia zostanie doręczona pełnomocnikowi odwołującego nie ma podstaw w bieżącym stanie prawnym. Nadto Izba zauważa, że przepis art. 185 ust. 2 ustawy wymaga jedynie przekazania kopii wykonawcy wnoszącemu odwołanie, a nie jego doręczenia, stąd też nawet przepis art. 1160 kpc nie może mieć tu zastosowania, bo przepis art. 185 ust. 2 ustawy stanowi odmienną regulację szczegółową. Tym samym w ocenie Izby przekazanie kopii przystąpienia na adres odwołującego spełnia wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy i opozycję należało oddalić.

Rozpoznając wniosek formalny braku możliwości prowadzenia rozprawy bezpośrednio po zakończeniu posiedzenia z udziałem stron w dniu dzisiejszym z uwagi na to, że powiadomienie z dnia 2 października 2020r. dotyczy wyłącznie terminu posiedzenia z udziałem stron, a nie rozprawy i zostało skierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, a nie skład orzekający, to Izba zauważa, że odwołujący błędnie interpretuje przepisy Rozporządzenia w sprawie Regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Przepis par. 13 ust. 2 Regulaminu, gdyż przepis ten stanowi o tym, że w zależności od poczynionych ustaleń faktycznych skład orzekający w szczególności:

- 5) kieruje odwołanie do rozpoznania na posiedzeniu z udziałem stron, uczestników postępowania odwoławczego, świadków lub biegłych;
- 6) kieruje odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Taka konstrukcja przepisu wskazuje jedynie na to, czy Izba postanowiła poprzedzić rozprawę posiedzeniem z udziałem stron uznając, że zachodzi potrzeba wyjaśnienia kwestii formalnych dopuszczalności przystąpienia czy też skuteczności wniesienia odwołania, natomiast nie oznacza, że skład orzekający kieruje do stron czy uczestników postępowania jakiegokolwiek pisma czy zarządzenia. Zgodnie z art. 172 ust. 2 ustawy organem Izby jest Prezes Izby, który w myśl ust. 3 reprezentuje Izbę na zewnątrz, a także ustala terminy posiedzeń. Zatem z faktu reprezentowania Izby na zewnątrz to Prezes Izby podpisuje zarządzenia o terminach tak posiedzeń jak i rozprawy - jest to skorelowane z par. 17 ust. 1 Regulaminu, z którego wynika, że skład orzekający podawany jest do publicznej wiadomości przed rozpoczęciem rozprawy, nie wcześniej niż w dniu, na które wyznaczono rozpoznanie odwołania. Natomiast przepisy dotyczące rozprawy stosuje się odpowiednio do posiedzeń, w których dopuszcza się udział stron, świadków lub biegłych (par. 3 Regulaminu). Tym samym czym innym jest wewnętrzny obieg dokumentów i sposób ustalania terminów posiedzeń i rozprawy przez skład orzekający i Prezesa Izby w poszanowaniu przepisów Regulaminu, a czym innym jest samo zakomunikowanie na zewnątrz wyniku tych ustaleń. Informację na zewnątrz Izby może bowiem do stron i uczestników, a także świadków czy biegłych może skierować wyłącznie Prezes Izby jako organ reprezentujący Izbę i tylko w ten sposób można zachować prawidłowość postępowania bez ujawniania składu orzekającego przed terminem posiedzenia lub rozprawy. W niniejszej sprawie termin posiedzenia z udziałem stron i rozprawy został wyznaczony na dzień 30 października 2020r. przy czym ustalono, że rozprawa odbędzie się bezpośrednio po zakończeniu posiedzenia z udziałem stron, co znalazło swój wyraz w powiadomieniu, gdyż wprowadzie sam termin odnosi się wyłącznie do posiedzenia, gdyż tylko jego możliwe było jednoznaczne ustalenie godziny rozpoczęcia, ale w pouczeniu jest informacja o rozprawie, tak w zakresie terminu do jakiego strony mogą przedstawiać swoje stanowiska, jak i konieczności osobistego uczestnictwa w posiedzeniu i rozprawie, a także o dopuszczalnej ilości pełnomocników na posiedzeniu i rozprawie. Co

więcej zawarto informację o potrzebie przybycia do Izby nie wcześniej niż na 10 minut przed wyznaczoną godziną posiedzenia i rozprawy, co oznacza, że zarządzenie dotyczyło wyznaczenia terminu posiedzenia i rozprawy w dniu 30 października 2020r., o czym z zachowaniem terminu trzydniowego pełnomocnik odwołującego został skutecznie powiadomiony. W konsekwencji Izba oddaliła wniosek o nie prowadzenie w dniu dzisiejszym rozprawy.

Co do wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 198 ust. 2 pkt 7 ustawy to Izba uznała wniosek za niezasadny. Sposób przekazania kopii odwołania nie podlega regulacji przepisów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek przekazania kopii wynika bowiem z art. 180 ust. 5 ustawy, który nie zawęża przekazania kopii wyłącznie do komunikacji przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Tym samym doręczenie kopii na biuro podawcze zamawiającego należy uznać za skuteczne przekazanie kopii w rozumieniu art. 180 ust. 5 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Izba postanowiła zasądzać na rzecz zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego z tego względu, że zamawiający złożył taki wniosek przedkładając w dniu 1 października 2020r. fakturę VAT, a wycofanie odwołania nastąpiło na mniej niż jeden dzień przed terminem posiedzenia niejawnego z udziałem stron, co jest zgodne z par. 5 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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. z 2017r. poz. 47).

Przewodniczący:.....