

WYROK
z dnia 5 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 kwietnia 2017r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20.03.2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Z U. G. i K. P. Sp. z o. o., G. L. Sp. z o. o. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Urząd Geodezji i Kartografii (...)**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. M. C. E. Sp. z o. o., G. Sp. z o.o. (...)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **O. R. S.A (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Z U. G. i K. P. Sp. z o. o., G. L. Sp. z o. o. (...)** i:

2.1. 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 **Z U. G. i K. P. Sp. z o. o., G. L. Sp. z o. o. (...)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Z U. G. i K. P. Sp. z o. o., G. L. Sp. z o. o. (...)** na rzecz **Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii (...)** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający - Główny Urząd Geodezji i Kartografii w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na *dostosowanie baz danych EGiB do wymagań zintegrowanego systemu informacji o nieruchomościach oraz dostosowanie danych o sieciach uzbrojenia terenu do zgodności z obowiązującym modelem danych GESUT* (nr postępowania: BO-ZP.2610.28.2016.KN.ZS1NII.K-GESUT). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2016/S 148-267600 w dniu 3 sierpnia 2016 r.

W dniu 20 marca 2017r. Odwołujący Z. U. G. i K. P. Sp. z o.o. i G. L. Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie części 13, 22 i 25 zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dowodów wykazujących, iż istniejące między nim a

innym podmiotem powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w zakresie części 13, 22, 25 zamówień. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia lub uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczenia wykazującego, iż istniejące między nim a innym podmiotem powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 9 marca 2017r. poinformował o unieważnieniu czynności wyboru wykonawcy w części 13, 22 i 25 zamówienia, uzasadniając swoją decyzję wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 marca 2017r. Sygn. akt KIO 283/17, KIO 291/17. Odwołujący nie zgodził się z argumentacją Zamawiającego, że zgodnie z wyrokiem KIO został on automatycznie zobowiązany do unieważnienia czynności wyboru wykonawcy również z innych częściach, gdyż jego postanowienia nie odnoszą się do nakazu podjęcia czynności przez Zamawiającego w zakresie części 22 zamówienia. Z treści uzasadnienia decyzji o unieważnieniu wyboru wykonawcy w części 13, 22, 25 zamówienia wynika, że jednakowe działanie Zamawiającego względem wszystkich ww. części jest automatyczne, co w konsekwencji jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że w zakresie części 13,22 i 25 zamówienia Zamawiający nie może poprzestać jedynie na unieważnieniu czynności wyboru wykonawcy i na tej podstawie podjąć decyzji o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, bez uprzedniego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

3

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia i dokumenty składane przez wykonawcę na potwierdzenie braku zakłócenia konkurencji stanowią zatem oświadczenia i dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Tym samym do dokumentów tych zastosowanie powinien znaleźć przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak jednolicie wskazuje się w orzecznictwie Zamawiający ma obowiązek jednokrotnego zastosowania instytucji z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy lub odrzuceniu oferty. W niniejszej sprawie Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia powyżej wskazanych dokumentów, co skutkuje naruszeniem przez niego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego oświadczenie wykonawcy wykazujące, iż istniejące między nim a innym podmiotem powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest oświadczeniem potwierdzającym okoliczność, o której mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp tj. braku podstaw wykluczenia. Dlatego też do powyższego oświadczenia ma zastosowanie przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż w przypadku, gdy wykonawca nie złożył oświadczenia lub dokumenty potwierdzające okoliczności o braku podstaw do wykluczenia, są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości to zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia w terminie lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym.

Odwołujący wskazał, że iż w niniejszej sprawie złożył oświadczenie o przynależności do grupy do grupy kapitałowej, co skutkuje tym, że powinien także złożyć oświadczenie wykazujące, że w zakresie istniejące między nim a innym podmiotem powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przekazane przez Odwołującego oświadczenia w tym zakresie są niewystarczające do uznania przez Zamawiającego, iż nastąpiły podstawy do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy Pzp wobec powyższego Zamawiający ma obowiązek w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwać Odwołującego do uzupełnienia powyższego oświadczenia, a czego Zamawiający nie zrobił.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

4

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą Odwołujący wycofał zarzuty odwołania w zakresie dotyczącym części 13 i 25, podtrzymał zarzut jedynie w zakresie części 22 zamówienia.

W ocenie Izby, nie została wypełniona żadna z przesłanek, określonych w art. 189 ust. 2 ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego co do istnienia przesłanek odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 pkt 2 oraz art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołanie w zakresie części 22, podtrzymane przez Odwołującego, nie było przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zatem nie można uznać, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Odwołanie zostało wniesione przez podmiot uprawniony – wykonawcę, który ubiega się o udzielenie zamówienia w części 22.

W ocenie Izby wypełnione zostały także przesłanki do wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Izba rozpoznała odwołanie w zakresie podtrzymanym przez Odwołującego tj. w zakresie części 22 i stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Wyrokiem z dnia 6 marca 2017r. Sygn. akt KIO 283/17, 291/17 oraz 298/17 Izba uwzględniła odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. M. C. E. sp. z o.o. i G. sp. z o.o. oraz wykonawcę O. P. G. – K. sp. z o.o. i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 13 i 25 i nakazała wykluczenie z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp wykonawców: Z. U. G. i K. P. sp. z o.o. i G. L. sp. z o.o. (część 25) a także Z. K., Z. U. G. i K. P. Z. K. (część 13).

Jak wskazał sam Odwołujący w treści odwołania, okolicznością stanowiącą podstawę do jego wniesienia była czynność Zamawiającego z dnia 9 marca 2017r. polegająca na unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 13, 22 i 25 zamówienia. Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dowodów wykazujących, iż istniejące między nim a innym podmiotem powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji. Podkreślenia wymaga, co wskazywał także Zamawiający w toku rozprawy, że Zamawiający nie dokonał jeszcze czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu w zakresie części 22 zamówienia. Zamawiający jedynie, powołując się na orzeczenie KIO z dnia 6 marca 2017r. Sygn. akt KIO 283/17, 291/17 oraz 298/17 dotyczące części 13 i 25 zamówienia unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, co oznacza, że powrócił

5

do czynności badania i oceny ofert, w toku której podejmie decyzje o ewentualnym zastosowaniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty Odwołującego.

O zaniechaniu można mówić jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający nie dokonuje jakiejś czynności do której dokonania w danym czasie jest zobowiązany przepisami ustawy Pzp.

Do ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania dojdzie wówczas, gdy Zamawiający bez uprzedniego wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań i brak podstaw wykluczenia, dokona czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, skoro w zaistniałym stanie faktycznym nie doszło jeszcze do czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu w zakresie części 22, to nie można stwierdzić, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, podniesiony w odwołaniu nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: