

Sygn. akt: KIO 668/18

POSTANOWIENIE
z dnia 19 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 19 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. oraz Ł.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Kielecki Park Technologiczny z siedzibą w Kielcach**

przy udziale wykonawcy **S4E S.A. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. oraz Ł.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** 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 na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia –

przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Kielecki Park Technologiczny z siedzibą w Kielcach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej na wykonanie Inkubatora – California INC, zlokalizowanego w Kielcach przy ul. Olszewskiego, dz. Nr ewid. 5/67, 5/72, 5/70 obręb ewidencyjny 0005, jednostka ewidencyjna – Kielce nr KPT-DPiRI.270.1.2018”.

W dniu 9 kwietnia 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. oraz Ł.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie (zwani dalej: „Odwołującym”) wnieśli odwołanie na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22a ust. 1-3 ustawy Pzp, ewentualnie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania zgłosił przystąpienie wykonawca: S4E S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp potwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy S4E S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 17 kwietnia 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w którym oświadczył, że uwzględni odwołanie oraz przedstawione przez wykonawcę żądania.

Wykonawca - S4E S.A. z siedzibą w Krakowie – który skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego i stał się jego uczestnikiem, nie stawił się na posiedzenie Izby, będąc prawidłowo powiadomionym o terminie posiedzenia i rozprawy. 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 na 19 kwietnia 2018 roku. 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 ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolna rezygnacja z udziału w tej fazie postępowania odwoławczego oznacza rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów. Tym samym w analizowanej sprawie podzielono stanowisko już uprzednio wyrażane przez Izbę w podobnych sytuacjach, m.in. 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), postanowieniu z 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1575/10) i postanowieniu z 21 września 2015 r. (sygn. akt KIO 1963/15), postanowienie z dnia 27 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 749/17).

Ponadto zgodnie z ust. 2a § 13 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 grudnia 2016 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2017 r., poz. 14) w § 13 po ust. 2 dodaje się ust. 2a w brzmieniu: *„W przypadku posiedzenia z udziałem stron, uczestników postępowania odwoławczego, świadków lub biegłych przepis ust. 2 pkt 3 stosuje się odpowiednio, z wyłączeniem terminu do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu”*.

Dokonując analizy dodanego - Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 grudnia 2016 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań – ust. 2a § 13 - można dojść do wniosku, iż intencją Ustawodawcy było przesądzenie kwestii, iż trzydniowy termin liczony od dnia wezwania do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu - co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów - nie ma zastosowania do posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. Zatem niestawiennictwo przystępującego –

prawidłowo powiadomionego o terminie posiedzenia - równoważne jest z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 ustawy Pzp – należało umorzyć.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności, w taki sposób, który uczyni zadość postulatowi postawionemu w odwołaniu.

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska Odwołującego uznał słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił odwołanie to stwierdzić należy, że Zamawiający uznał zarzuty Odwołującego.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca, który nie skorzystał z prawa do złożenia sprzeciwu

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: