

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 1 października 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Członkowie: Katarzyna Poprawa**  
**Magdalena Rams**

**Protokolant: Marta Słoma**

po rozpoznaniu na posiedzeniu jawnym, z udziałem Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, w dniu 1 października 2018 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2018 roku przez wykonawcę Control Process EPC Environmental Protection 4 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie spółka akcyjna

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Seen Technologie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Instal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1810/18 po stronie Zamawiającego;
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Cadaqua SA Bilbao, Hiszpania zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1810/18 po stronie Odwołującego

**postanawia:**

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Control Process EPC Environmental Protection 4 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Control Process EPC Environmental Protection 4 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Control Process EPC Environmental Protection 4 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie na rzecz Zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie spółka akcyjna kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie spółka akcyjna – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą Zadanie III.9 „Modernizacja Zakładu Północnego - Etap II.B

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 169-347585.

10 września 2018 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od:

- czynności Zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Seen Technologie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Instal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: Konsorcjum Seen), które winno w ocenie Odwołującego zostać wykluczone z postępowania z uwagi na złożenie przez Konsorcjum Seen nieprawdziwych informacji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej - posiadanego potencjału osobowego, które wprowadziły w błąd Zamawiającego i które miały wpływ na wynik postępowania,
  - zaniechaniu Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum Seen z postępowania pomimo złożenia przez Konsorcjum Seen nieprawdziwych informacji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej - posiadanego potencjału osobowego, które wprowadziły w błąd zamawiającego i które miał wpływ na wynik postępowania,
- oraz z ostrożności Odwołujący wskazał
- zaniechanie Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum Seen z postępowania z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - posiadanego potencjału osobowego, po uprzednim wezwaniu Konsorcjum Seen do wyjaśnień w zakresie potencjału osobowego szczegółowo wskazanego w uzasadnieniu odwołania.

Odwołanie dotyczy Ekspertów 1-14, w tym Ekspertów 1 -12 wskazanych w załączniku do pisma z dnia 3 lipca 2018 roku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie

Seen Technologie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Instal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zatytułowanym: Załącznik nr 3 „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego” oraz Ekspertów 13 i 14 wskazanych w ofercie w dokumencie zatytułowanym: Załącznik nr 4 „Wykaz osób. Opis doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”.

### **Izba ustaliła:**

W trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego Zamawiający złożył wniosek o odrzucenie odwołania, na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 3 ustawy, w części tj. w zakresie podniesionych zarzutów odwołania w odniesieniu do Ekspertów nr 1 -12, o których informacje zawarte zostały w załączniku do pisma z dnia 3 lipca 2018 roku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Seen Technologie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Instal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zatytułowany: Załącznik nr 3 „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego”.

Odwołujący w dniu 3 sierpnia 2018 roku – co potwierdził na posiedzeniu z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego oraz, co zostało wykazane dowodami przedstawionymi przez Zamawiającego w trakcie posiedzenia – uzyskał informację odnośnie Ekspertów 1 -12 tj. został mu przesłany Załącznik nr 3 „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego”, złożony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Seen Technologie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Instal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy.

W dniu 10 sierpnia 2018 roku Odwołujący złożył odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poczynionej przez Zamawiającego w dniu 31 lipca 2018 roku. W zakresie ww. odwołania odwołujący nie kwestionował wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Seen Technologie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Instal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie w odniesieniu wykazanego potencjału osobowego tj. w zakresie Ekspertów 1 – 12, bowiem zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12

ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy odnosił się do wykazanego doświadczenia wskazanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Seen Technologie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Instal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie.

W dniu 27 lipca 2018 roku Izba w sprawie o sygn. akt KIO 1607/18 (z odwołania z dnia 10 sierpnia 2018 roku) wydała wyrok w sentencji wskazując: *uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w ofercie konsorcjum SEEN Technologie Sp. z o.o. oraz Instal Warszawa S.A. opisu doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (załącznik nr 4 do IDW Wykaz osób) oraz zobowiązania podmiotu trzeciego i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje odtajnienie ww. dokumentów i dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.*

W trakcie posiedzenia z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego Zamawiający złożył wniosek o odrzucenie odwołania, na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 4 ustawy w części, tj. w zakresie podniesionych zarzutów odwołania w odniesieniu do Ekspertów nr 13 i 14 wskazanych w dokumencie: Załącznik nr 4 „Wykaz osób. Opis doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”.

W trakcie posiedzenia z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego Odwołujący oświadczył, że w dniu 3 sierpnia 2018 roku otrzymał informacje na temat złożonego Zamawiającemu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Seen Technologie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Instal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie Załącznik nr 3 „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego” jak również, że otrzymał treść tego załącznika.

Izba w trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego postanowiła uwzględnić wniosek Zamawiającego dotyczący Ekspertów od 1-12 i uznała za zaistniałe w okolicznościach sprawy przesłanki, które nie pozwalają rozpoznawać zarzutów podniesionych w odwołaniu, w stosunku do tych ekspertów. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego w odniesieniu do Eksperta nr 13 i 14 mając na uwadze treść wyroku o sygn. akt KIO 1607/18 z dnia 27 lipca 2018 roku i wskazała, że te podlegać będą rozpoznaniu.

Odwołujący złożył do protokołu oświadczenie, że *cofa odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących ekspertów 13 i 14 tj. tych których Izba postanowiła skierować do rozpoznania na rozprawę.*

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”)

Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba na wstępie wskazuje, że w rozpoznawanej sprawie zarzuty odwołania w odniesieniu do kwestionowanych wykazanych informacji dotyczących poszczególnych 14 Ekspertów przedstawionych celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Seen Technologie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Instal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zostały rozdzielone na dwie grupy zarzutów i zostały poddane badaniu w części formalnej tj. na posiedzeniu z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego.

Izba, dokonując czynności formalnych, postanowiła uwzględnić wniosek Zamawiającego dotyczący Ekspertów od 1-12, bowiem zarzuty odwołania w tym zakresie zostały wniesione z uchybieniem terminu, tym samym niemożliwe byłoby procedowanie w zakresie tych zarzutów na rozprawie. W zakresie wskazanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Seen Technologie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Instal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie potencjału osobowego w odniesieniu do Ekspertów nr 13 i 14 wskazanych w dokumencie: Załącznik nr 4 „Wykaz osób. Opis doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” Odwołujący złożył w trakcie posiedzenia z udziałem stron jednoznaczne oświadczenie o cofnięciu zarzutów odwołania.

Zestawiając powyższe informacje podkreślenia wymaga, że trakcie posiedzenia z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego co do części zrzutów zostało złożone oświadczenie o ich cofnięciu (Ekspert 13 i 14), jak również co do części zarzutów istniały

przesłanki ich nierozpoznawania merytorycznie, bowiem zaistniały przesłanki które nie pozwoliły na rozpoznanie tych zarzutów odwołania (Ekspert 1-12). Izba wskazuje, że nie dysponuje narzędziami ustawowymi pozwalającym na częściowe odrzucenie odwołania jak również na częściowe jego umorzenie ze względu na wycofanie części zarzutów odwołania. Również sytuacja, w której część zarzutów odwołania jest np. cofnięta, a część zarzutów jest rozpoznawana na rozprawie nie skutkuje wydaniem przez Izbę na podstawie obowiązujących przepisów dwóch odrębnych orzeczeń (wyroku i postanowienia), lecz Izba w wyroku zawiera informację o podstawie nierozpoznawania zarzutów wycofanych przez Odwołującego. Praktyka taka ugruntowana jest w orzecznictwie Izby. Jednakże każdorazowo w uzasadnieniu orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze zawarte jest rozstrzygnięcie w odniesieniu do wszystkich zarzutów odwołania, w tym wskazanie uzasadnienie nierozpoznawania zarzutu zgłoszonego z upływem terminu na jego skuteczne wniesienie.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 192 ust 1 ustawy Izba rozpoznając odwołanie merytorycznie – czyli po rozpoznaniu zarzutów odwołania na rozprawie – wydaje wyrok w zakresie uwzględnienia bądź oddalenia odwołania, natomiast wydając orzeczenie niemerytoryczne – dotyczące odrzucenia odwołania bądź umorzenia postępowania odwoławczego – Izba wydaje postanowienie.

Zawsze postępowanie odwoławcze zakończone musi zostać wydaniem orzeczenia kończącego postępowanie mieszczącego się w grupie ww. orzeczeń.

Posiedzenie niejawne z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, które zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) poprzedza rozprawę, służy przygotowaniu rozprawy i również w trakcie tego posiedzenia może zaistnieć przesłanka odrzucenia odwołania, która na etapie posiedzenia niejawnego bez udziału stron nie istniała. Z uwagi na wskazany już na wstępie wytworzony przez Strony w trakcie posiedzenia podział zarzutów na dwie grupy tj. co do Ekspertów 1-12 oraz drugą grupę Ekspertów 13 i 14 oraz podnoszone przez Odwołującego w ich zakresie naruszenia, Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania (w całości), jednakże czemu dano wyraz w trakcie posiedzenia z udziałem Stron w zakresie zarzutów do Ekspertów 1 -12 zaistniały przesłanki, które nie pozwalały rozpoznawać zarzutów w tym zakresie, tym samym, w tym zakresie zarzuty nie byłyby procedowane na rozprawie, czyli nie zostałyby poddane merytorycznej ocenie, bowiem zostały podniesione przez Odwołującego z uchybieniem ustawowego terminu dla ich skutecznego wniesienia.

W trakcie posiedzenia z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego Zamawiający podniósł w odniesieniu do Eksperta nr 13 i 14, czyli drugiej grupy zarzutów

odwołania, że i w tym przypadku zachodzą przesłanki do nierozpoznawania merytorycznie zarzutów z uwagi na wypełnienie przesłanek z art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy – Izba wniosku Zamawiającego nie uwzględniła. Tym samym Izba dała wyraz temu, że zarzuty odwołania w zakresie Ekspertów 13 i 14 podlegać mogą ocenie merytorycznej, tym samym mogą zostać skierowane na rozprawę.

Odwołujący zarzuty odwołania w odniesieniu do Ekspertów 13 i 14 wycofał w trakcie posiedzenia z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego.

Wskazać należy, że art. 187 ust. 8 ustawy przyznaje wykonawcy, który wniósł odwołanie prawo do jego cofnięcia, a oświadczenie w tym zakresie może zostać złożone w dowolnym czasie jak również nie wymaga żadnego uzasadnienia takiej decyzji Odwołującego oraz nie jest wymagana w tym zakresie zgoda Zamawiającego. W takim przypadku zgodnie z ustawową regulacją, w przypadku cofnięcia odwołania na posiedzeniu z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba umarza postępowanie odwoławcze, a Odwołującemu zwraca się 90 % wpisu. W zakresie kosztów postępowania w przypadku cofnięcia odwołania stosowana regulacja została również zawarta w Rozporządzeniu 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 rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972; dalej „rozporządzenie o kosztach postępowania odwoławczego”) w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a, natomiast w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b prawodawca wprowadził regulację odnoszącą się do zasadzania od Odwołującego na rzecz Zamawiającego lub wnoszącego sprzeciw uzasadnionych kosztów w przypadku cofnięcia odwołania na mniej niż 1 dzień przed dniem na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego albo po otwarciu rozprawy. Izba zaznacza, że regulacja powyższa jest kompleksowa, jednoznaczna i odnosi się do cofnięcia odwołania. Ustawodawca nie reguluje odrębnie w ustawie jak również ww. rozporządzeniu instytucji cofnięcia części zarzutów odwołania. W tym zakresie Izba stoi na stanowisku – co jest ugruntowane już w orzecznictwie Izby – że każdy Odwołujący ma prawo do cofnięcia części zarzutów odwołania, na każdym etapie postępowania odwoławczego i nie jest do tego wymagana zgoda Zamawiającego, jak również takie stanowisko Odwołującego nie wymaga uzasadnienia. W ocenie Izby, skoro ustawodawca umożliwia cofnięcie całego odwołania to możliwe jest również cofnięcie poszczególnych zarzutów odwołania. Jednakże w takim wypadku tj. cofnięcia części zarzutów odwołania, niezależnie na jakim etapie postępowania zostałyby to oświadczenie złożone przez Odwołującego, prawodawca nie wprowadził regulacji odnoszącej się do kosztów postępowania odwoławczego. Dlatego też w przypadku cofnięcia części zarzutów odwołania zastosowanie będą miały przepisy o kosztach, które będą zasądzone w zależności od wyniku



rozstrzygnięcia co do pozostałych – niewycofanych – zarzutów odwołania. Tak jest np. w przypadku rozpoznawania części zarzutów odwołania na rozprawie oraz cofnięcia zarzutu bądź kilku zarzutów odwołania na posiedzeniu czy też rozprawie, w takim przypadku koszty postępowania odwoławczego zasadzane są w zależności od merytorycznego rozstrzygnięcia części zarzutów odwołania, co oparte jest na uwzględnieniu bądź oddaleniu odwołania. Również w przypadku, gdy część zarzutów odwołania zostaje cofnięta przez Odwołującego natomiast pozostałe zarzuty odwołania uwzględnione zostają przez Zamawiającego i nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania – wtedy dochodzi do uwzględnienia zarzutów odwołania w całości (uwzględnione wszystkie, które nie zostały wycofane) – to postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu ze względu na uwzględnienie zarzutów odwołania w całości.

W takiej sytuacji Izba orzeka o dokonaniu zwrotu z rachunku bankowego Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, a w przypadku gdy uwzględnienie zarzutów odwołania w części nastąpiło po otwarciu rozprawy zasądza koszty od Zamawiającego na rzecz Odwołującego - § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia o kosztach postępowania odwoławczego .

Zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie, gdy Izba umarza postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i uczestników postępowania odwoławczego. Zgodnie z przepisami rozporządzenia o kosztach postępowania odwoławczego - w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołania w całości – Izba orzeka o dokonaniu zwrotu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia o kosztach postępowania odwoławczego, natomiast jeżeli uwzględnienie zarzutów odwołania nastąpiło po otwarciu rozprawy Izba zasądza koszty od Zamawiającego na rzecz Odwołującego. Ustawodawca jedynie w odniesieniu do częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania wprowadził regulację o rozliczeniu kosztów postępowania wskazując w art. 186 ust. 6 pkt 4 lit a i b ustawy, że w przypadkach, gdy Zamawiający uwzględnił część zarzutów odwołania, a po jego stronie do postępowania nie przystąpił w terminie żaden wykonawca natomiast Odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie tych pozostałych zarzutów (art. 186 ust. 4a ustawy), a koszty postępowania ponosi Odwołujący jeżeli odwołanie w części zarzutów odwołania, których Zamawiający nie uwzględnił zostało oddalone przez Izbę; albo Zamawiający ponosi koszty – to w przypadku, jeżeli odwołanie w części zarzutów, których Zamawiający nie uwzględnił, zostało uwzględnione przez Izbę.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutów odwołania odnoszących się do Ekspertów nr 13 i 14 –

czyli tych zarzutów, które Izba mogła skierować na rozprawę do merytorycznego rozpoznania. Pozostałe zarzuty odwołania odnoszące się do Ekspertów nr 1-12 nie zostały przez Odwołującego wycofane. Odwołujący nie wycofał odwołania w całości (nie wycofał na posiedzeniu zarzutów odwołania w zakresie Ekspertów 1-12), tym samym niemożliwym było umorzenie postępowania odwoławczego i orzeczenie co do kosztów postępowania przez nakazanie zwrotu Odwołującemu 90 % wpisu. Złożenie przez Odwołującego oświadczenia o cofnięciu zarzutów odwołania w zakresie Ekspertów 13 i 14, brak ustawowej możliwości wydania orzeczenia co do części zarzutów odwołania z uwagi na częściowe cofnięcie zarzutów oraz zaistnienie podstaw odrzucenia odwołania w części jaka została podtrzymana przez Odwołującego w trakcie posiedzenia (niewycofane) tj. zarzutów w stosunku do Ekspertów 1-12 skutkowało koniecznością wydania, po zamknięciu posiedzenia z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze o odrzuceniu odwołania i w konsekwencji poniesieniem kosztów postępowania odwoławczego, w tym uzasadnionych kosztów Strony postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W ocenie Izby termin na skuteczne wniesienie odwołania w zakresie podnoszonych zarzutów co do Ekspertów 1-12 upłynął wraz z upływem terminu na wniesienie odwołania w zakresie pierwotnego wyboru ofert z dnia 31 lipca 2018 roku. Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity (art. 182 ustawy), a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z tego środka ochrony prawnej. Odwołujący uzyskał informacje o Ekspertach 1-12, a stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, w dniu 3 sierpnia 2018 roku, bowiem w tym dniu Zamawiający przekazał Odwołującemu – na wniosek Odwołującego – Załącznik nr 3 „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego”, złożony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Seen Technologie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Instal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie przedstawiony w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy. Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron oświadczył, że w dniu 3 sierpnia 2018 roku otrzymał informację na temat ww. załącznika jak również treść tego załącznika. Fakt przesłania Odwołującemu ww. załącznika nie był sporny pomiędzy Stronami postępowania, nie było również sporne przekazanie Odwołującemu treści tego załącznika.

Izba podkreśla, że w dniu 31 lipca 2018 roku Zamawiający ogłosił pierwotny wybór ofert, który odwołaniem z dnia 10 sierpnia 2018 roku zaskarżył tożsamy Odwołujący. Odwołanie rozpoznane pod sygn. akt KIO 1607/18 nie odnosiło się w zarzutach w nim ukształtowanych do treści Załącznik nr 3 „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego”, złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Seen Technologie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Instal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Izba stoi na stanowisku, że przyznanie Odwołującemu prawa do podnoszenia na tym etapie postępowania zarzutów co do treści dokumentów, oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, których treść była mu znana po wyborze oferty z 31 lipca 2018 roku, który to wybór Odwołujący skutecznie kwestionował (bo złożył odwołanie, które zostało uwzględnione) prowadziłoby do przywrócenia wykonawcy terminu na wniesienie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących Ekspertów 1-12. W ustawie natomiast brak jest regulacji umożliwiającej wykonawcy przywrócenie terminu na wniesienie odwołania. W zakresie sprawy sygn. akt KIO 1607/18 podnoszone były zarzuty dotyczące Ekspertów 13 i 14 (Załącznik nr 4 „Wykaz osób. Opis doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”) i w tym zakresie Izba wyrzeczeniem z dnia 27 sierpnia 2018 roku uwzględniając odwołanie w zakresie zarzutu niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Seen Technologie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Instal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie w zakresie opisu doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (załącznik nr 4 do IDW Wykaz osób) nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnienie ww. dokumentu. W ww. sprawie nie były podnoszone zarzuty do Ekspertów 1-12, a Odwołujący znał treść Załącznika nr 3 „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego” co przyznał na posiedzeniu z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, który to dokument w obecnym postępowaniu odwoławczym stanowił podstawę konstruowania zarzutów odwołania. Izba podkreśla, że zasada koncentracji środków ochrony prawnej przewidziana przepisami ustawy nakłada na każdego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek aktywnego uczestnictwa w procedurach zgłaszania środków ochrony prawnej - stawiania zarzutów Zamawiającemu. Koncentracja ma ułatwić i przyspieszyć racjonalne wydawanie środków publicznych, w oparciu o umowy zawarte z wykonawcami, których oferty uznane zostały za najkorzystniejsze, tym samym odpowiada podstawowemu postulatowi prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Realizując postulat szybkości postępowania i spójności jego wyniku, ustawodawca nakazał,

aby wszystkie czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie, wykonywać jednocześnie, dotyczy to zwłaszcza zgłaszania zarzutów wobec podejmowanych czynności i zaniechań Zamawiającego. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca w kolejnym odwołaniu przywołuje okoliczności, które mógł ujawnić po pierwszym badaniu i ocenie ofert. Nie do pogodzenia z zasadą koncentracji i szybkości rozpatrywania środków ochrony prawnej jest, aby wykonawca niezadowolony z wyniku postępowania - po nakazanej z innych względów ponownej ocenie ofert - co raz to podnosił nowe powody i wady oferty, stwarzające preteksty do wnoszenia kolejnych odwołań. Na poparcie powyższego wskazać należy wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 kwietnia 2006 r. sygn. akt V Ca 56/06, w którym Sąd wyłożył zasadę koncentracji środków odwoławczych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz jej konsekwencje. Dla wykonawcy jest dostępny termin na odwołanie od czynności czy zaniechań Zamawiającego wobec konkurencyjnej oferty, liczony od przesłania powiadomienia w zasadzie o pierwszej ocenie ofert – Odwołującemu znane były na dzień 10 sierpnia 2018 roku kwestionowane na tym etapie informacje odnoszące się do Eksperta 1-12.

Izba wskazuje, że poglądy będące podstawą tego orzeczenia znajdują odzwierciedlenie zarówno w zbieżnych co do tych poglądów orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej jak również w orzeczeniach sądów powszechnych ( przykładowo: KIO z 22 maja 2012 roku sygn. akt KIO 970/12; KIO z 9 lutego 2011 roku sygn. akt KIO 157/11; KIO z 27 kwietnia 2011 roku sygn. akt KIO 792/11; KIO z 20 czerwca 2011 roku sygn. akt KIO 1237/11; KIO z 11 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1114/12; KIO z 2 sierpień 2013 roku sygn. akt KIO 1796/13; KIO z 9 stycznia 2014 roku sygn. akt KIO 2991/13; KIO z 23 lipca 2012 roku sygn. akt KIO 1453/12; KIO z 14 listopada 2011 roku sygn. akt 2391/11; KIO z 11 marca 2011 roku sygn. akt 336/11; KIO z 2 września 2013 roku sygn. akt 2034/13; KIO z 18 lutego 2013 roku sygn. akt 246/13; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 roku sygn. akt V Ca 2056/07; wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 27 kwietnia 2010 roku sygn. akt I Ca 230/10; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 kwietnia 2014 roku sygn. akt V Ca 2142/12).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy czyli stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2) 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 ze zmianami), tj. stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....