

Sygn. akt: KIO 1408/18

## POSTANOWIENIE

z dnia 30 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Rams**

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **30 lipca 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16 lipca 2018 r.** przez wykonawcę Mateusza Maćkowiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Instalacyjno-Budowlany M. M., Lwówek,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wronki reprezentowaną przez Burmistrza Miasta i Gminy, Wronki,**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: INFRAKOM Kościan Sp. z o.o. sp.k., z siedzibą w Kościanach oraz INFRAKOM Sp. z o.o., z siedzibą w Kościanach,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

### postanawia:

1. umorzyć postępowania odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacyjno-Budowlany M. M., Lwówek** kwoty 10.000 zł 00 gr [słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy], uiszczonej tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.], na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu.**

Przewodniczący:.....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wronki (dalej „**Zamawiający**”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Budowa drogi łączącej ul. Mickiewicza z obwodnicą w ramach zadania pn. „Budowa drogi łączącej drogę powiatowa nr 1695P z planowana obwodnica Wroniek” w formule zaprojektuj i wybuduj*”.

W dniu 16 lipca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Instalacyjno-Budowlany M. M., Lwówek** (dalej „**Odwołujący**”), który zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art 24 ust. 8 i 9 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 Prawo zamówień publicznych (dalej: „PZP”) poprzez zaniechanie dokonania prawidłowej oceny przeprowadzonej przez Odwołującego procedury tzw. samooczyszczenia na zasadach określonych w PZP, względnie przeprowadzenia tej procedury w sposób niezgodny z zasadami określonymi w PZP, w szczególności poprzez zaniechanie szczegółowego zbadania przez Zamawiającego przesłanek wykluczenia oraz podjętych przez Odwołującego środków w celu wykazania jego rzetelności oraz podjętych przez niego działań naprawczych i zapobiegawczych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu Odwołującego oraz zostały przez niego wyjaśnione w sposób wyczerpujący oraz wiarygodny;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy PZP - poprzez jego zastosowanie w okoliczności prawidłowego przeprowadzenia przez Odwołującego tzw. procedury samooczyszczenia, a co za tym idzie braku podstaw do wykluczenia go z postępowania z uwagi na popełnione przestępstwo;
- 3) art. 92 ust. 1 i 1a PZP poprzez brak sformułowania przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego oraz wskazania powodów, dla których wyjaśnienia i dowody przedstawione przez Odwołującego, Zamawiający uznał za niewystarczające;
- 4) art. 8 ust. 3 PZP poprzez ujawnienie przez Zamawiającego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, pomimo tego, że Odwołujący w odpowiednim terminie skutecznie zastrzegł tę tajemnicę;
- 5) art. 7 ust. 1 PZP poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji ze względu na niedochowanie procedur wskazanych w PZP związanych z możliwością udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców podlegających

wykluczeniu po przeprowadzeniu skutecznej procedury samooczyszczenia, co doprowadziło do bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz czynności odrzucenia jego oferty; (ii) uznania, że Odwołujący w prawidłowy sposób dokonał procedury samooczyszczenia, a co za tym idzie nie podlega on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 8 i 9 PZP; (iii) kontynuacji przedmiotowego postępowania przetargowego z udziałem wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty; (iv) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, a także kosztów dojazdu do KIO zgodnie z przedstawionym zestawieniem kosztów i załącznikami do niego.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie w terminie 3 dni od wezwania Zamawiającego, to jest w dniu 20 lipca 2018 roku, do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca konsorcjum firm INFRAKOM Kościan Sp. z o.o. sp.k. , z siedzibą w Kościanach oraz INFRAKOM Sp. z o.o., z siedzibą w Kościanach (dalej „Przystępujący”).

W dniu 30 lipca 2018 r., na posiedzeniu z udziałem stron, Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty podniesione w odwołaniu i w związku z tym wnosi o umorzenie postępowania. Na wyznaczonym terminie posiedzenia i rozprawy przed Izłą nie stawiał się Przystępujący. Izba uznała, że niestawiennictwo na posiedzeniu przed Izłą Przystępującego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsamą z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania. Należało bowiem uznać, że wyznaczona do rozpoznania sprawy rozprawa i poprzedzające ją posiedzenie z udziałem stron to ta faza postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Z powyższego wynika, że po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę odwołanie, co do zasady, będzie rozpatrzone na tym posiedzeniu lub rozprawie i tam też rozpatrzone zostaną ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

Skoro zatem uwzględnienie odwołania przez zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania, co –

w razie wyznaczenia posiedzenia lub rozprawy mających na celu rozpatrzenie odwołania – odbędzie się na tym posiedzeniu lub rozprawie, ewentualny sprzeciw w tym zakresie również można zgłosić w tym czasie. W warunkach prawidłowego powiadomienia Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, uznać należy że na tym posiedzeniu Przystępujący może zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo wykonawcy Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Zatem, w związku z faktem, że wykonawca Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – należało umorzyć.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 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 rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 972). Tym samym, nie mógł podlegać uwzględnieniu wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów zastępstwa na posiedzeniu przez pełnomocnika opatrzonej fakturą VAT na kwotę 3 600 zł.

**Przewodniczący:.....**