

Sygn. akt: KIO 2410/18

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 3 grudnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**

**Protokolant: Dominik Haczykowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 3 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2018 r. przez wykonawcę **TRACTEBEL ENGINEERING S.A. z siedzibą w Katowicach**, w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Morski w Gdyni**,

przy udziale wykonawcy **P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Inżynieryjne ALFA P. M. z siedzibą w Baninie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2410/18 po stronie Zamawiającego,

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **TRACTEBEL ENGINEERING S.A. z siedzibą w Katowicach** kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Morski w Gdyni [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *usługę pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego (Inżyniera Budowy) przy realizacji umowy pt. „Przebudowa i rozbudowa budynku Bazy Oznakowania Nawigacyjnego, wraz z zagospodarowaniem terenu oraz rozbiórka budynku magazynowego paliw i smarów, budynku warsztatu elektrycznego, budynku magazynowo – warsztatowego oraz części budynku głównego”* (znak postępowania: ZP-JBC-3800-33/18).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 sierpnia 2018 r. pod numerem 601690-N-2018.

W dniu 20 listopada 2018 r. wykonawca TRACTEBEL ENGINEERING S.A. z siedzibą w Katowicach [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ALFA do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mimo że cena oferty tego wykonawcy jest mniejsza o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert;
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ALFA do wyjaśnienia treści wykazu usług, mimo że usługi wymienione w wykazie zostały wykonane w ramach konsorcjum, a zatem Zamawiający nie ma pewności co do posiadania przez wykonawcę ALFA odpowiednich zdolności technicznych lub zawodowych;
3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ALFA do uzupełniania wykazu usług i wykazu osób, z których wynikać będzie spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ALFA do uzupełnienia dokumentów potwierdzających ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, z której wynikać będzie, że wykonawca ALFA na dzień upływu terminu składania ofert spełnia warunek sytuacji ekonomicznej i finansowej postawiony przez Zamawiającego, a w razie nieuzupełnienia wskazanych dokumentów dokonania wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu;
5. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ALFA z udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i

niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez wykonawcę ALFA jako najkorzystniejszej oferty;
2. powtórzył czynność badania i oceny ofert;
3. dokonał wezwania wykonawcy ALFA do wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
4. dokonał wezwania wykonawcy ALFA do wyjaśnienia treści wykazu usług;
5. dokonał wezwania wykonawcy ALFA do uzupełnienia złożonego wykazu usług, wykazu osób oraz dokumentów potwierdzających ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, a w przypadku nieprawidłowego uzupełnienia, dokonał wykluczenia wykonawcy ALFA z udziału w postępowaniu;
6. dokonał wykluczenia ALFA z uwagi na przedstawienie Zamawiającemu nieprawdziwych informacji.

W dniu 21 listopada 2018 r. wykonawca P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Inżynieryjne ALFA P. M. z siedzibą w Baninie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia ww. wykonawcy, który stał się tym samym uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W dniu 30 listopada 2018 r. Zamawiający wniósł, w trybie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części zasadniczej, to jest w zakresie zarzutu wyboru oferty Przystępującego bez uprzedniego wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a także wyjaśnień w zakresie wykazu usług oraz wykazu osób.

Z kolei w dniu 30 listopada 2018 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym oświadczył, że w związku z odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie (pismo z dnia 30 listopada 2018 r.) oraz informacją o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej, cofa odwołanie w zakresie wszystkich nieuwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów odwołania, biorąc pod uwagę bezprzedmiotowość ich rozstrzygnięcia. Ponadto Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp oraz zniesienie kosztów postępowania.

Wykonawca P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Inżynieryjne ALFA P. M. z siedzibą w Baninie, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, nie stawiał się na posiedzenie Izby.

Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.), 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, a jego niestawiennictwo w okolicznościach wskazanych powyższej wywołuje negatywne skutki procesowe.

Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawiał się na posiedzenie Izby wyznaczone na dzień 3 grudnia 2018 r. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Zauważyć bowiem należy, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest 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. Dobrowolny brak udziału w tej fazie postępowania odwoławczego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów (tak KIO w postanowieniu z dnia 7 grudnia 2016 r. sygn. akt: 2214/16).

Zgodnie z art. 186 ust. 3a ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Wobec powyższych ustaleń, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a 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. z 2018 r. poz. 972 t.j.).

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....