

POSTANOWENIE
z dnia 20 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 20 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2020 r. przez odwołującego FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. w Kudrowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Cyców

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz odwołującego FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. w Kudrowicach kwoty 13 500,00 zł (trzyście pięćset złotych) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Lublinie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

postanowienia z dnia 20 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. akt: 2892/20

Zamawiający – Gmina Cyców, ul. Chelmska 42 21-070 Cyców, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odnawialne źródła energii w Gminie Cyców”, podzielone na części, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 20 lipca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 138-338857, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na dostawę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 5 listopada 2020 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, w zakresie części I, wniósł wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k., Kudrowice 12, 95 - 200 Kudrowice (dalej zwany jako „odwołujący”).

We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez wybór oferty JBS Construction PPHU J. S., wskutek wadliwego zaniechania odrzucenia tej oferty, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ, albowiem w zaoferowanych przez wykonawcę modułach fotowoltaicznych nie są spełnione następujące wymogi, o których mowa na str. 7 i 8 projektu budowlano - wykonawczego stanowiącego integralną część SIWZ, tj.: a) połączenia komórek PV w module dwunastoma szynoprzewodami - nisko stratne, o małych napięzeniach, zwiększające absorpcję światła, b) zastosowanie w panelach komórek przetwarzających światło padające z przodu i z tyłu komórki, c) odporność na sól i amoniak potwierdzone przez producenta, d) niski współczynnik LID (bardzo niska zawartość boru w krzemie), e) spadek mocy po 25 latach do 89,6%, f) współczynnik temperaturowy ISC(%) / oC +0,03, g) współczynnik temperaturowy VOC(%) / oC - 0,27, h) współczynnik temperaturowy Pmp(%) / oC - 0,36, i) maksymalne obciążenie 4000/5400 Pa, j) puszka przyłączeniowa IP68 z 3 diodami bajpas, kable PV 2xlm ze złączami MC4, k) zakres temperatur pracy -40 - +90°C, l) moduł obudowany w ramie o szer. 40 mm;
2. art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p., poprzez nierówne traktowanie wykonawców, w szczególności zaś przez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty, która zgodnie z ustawą podlegała odrzuceniu i traktowaniu jej na równi z ofertą wykonawcy, którego oferta nie podlegała odrzuceniu;
3. art. 91 ust. 1 p.z.p., poprzez błędne przyznanie punktacji ofercie JBS Construction PPHU J. S. w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert dot. rozwiązań technologicznych, niezgodne z ustalonymi przez zamawiającego zasadami oceniania ofert oraz przyznawania punktów za poszczególne kryteria w zakresie kryteriów współczynnika temperatury mocy, temperatury NOCT oraz odporności na temperaturę w NOCT;
4. ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów: naruszenie art. 26 ust. 3 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy JBS Construction PPHU J. S. do złożenia certyfikatu lub raportu z testu albo złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie wymogów wyrażonych na str. 7 i 8 projektu budowlano - wykonawczego, o których mowa w ust. 1 lit. a-l powyżej, wobec braku potwierdzania w przedłożonych wraz z ofertą dokumentów spełniania przez zaoferowane urządzenia ww. parametrów.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania oferty JBS Construction PPHU J. S. i jej odrzucenia, a z ostrożności procesowej – wniesiono o ewentualnie nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania oferty względem JBS Construction PPHU J. S. i wezwanie wykonawcy do złożenia dokumentów bądź wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. Ponadto wniesiono o orzeczenie na rzecz odwołującego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, określonej na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy, a także dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania, na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu.

Skład orzekający wskazuje dalej, że w dniu 7 listopada 2020 r. wykonawca J. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą JSB Construction PPHU J. S., ul. Potokowa 12a lok. 1, 80-297 Banino (dalej jako „wykonawca JSB”), zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. W dniu 9 listopada 2020 r.

wykonawca ten złożył oświadczenie o wycofaniu swojego przystąpienia. Wobec braku w p.z.p. i przepisach wykonawczych do ustawy regulacji zakazującej odstąpienie od przystąpienia do postępowania odwoławczego, stwierdzić należy, że co do zasady cofnięcie przystąpienia jest dopuszczalne. Wykonawca może kształtować swoją sytuację procesową, według własnej woli, zgodnie ze składanymi oświadczeniami procesowymi i nie ma żadnych przeszkód, aby wycofać oświadczenie o przystąpieniu. Normy p.z.p. nie przewidują też terminu, dodatkowych wymagań, czy specjalnej formy dla cofnięcia zgłoszenia przystąpienia. Oświadczenie z 9 listopada 2020 r. zostało Izbie właściwie doręczone i złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania wykonawcy, zatem skład orzekający uznał je za skuteczne.

Zgodnie z aktami postępowania odwoławczego zamawiający w dniu 9 listopada 2020 r. unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej. Nie złożono odpowiedzi na odwołanie.

W dniu 19 listopada 2020 r. odwołujący przekazał Izbie swoje oświadczenie procesowe, w którym stwierdził, że w związku z faktem, iż zamawiający w dniu 9 listopada 2020 r. podjął czynność zgodną z kierunkiem odwołania w postaci unieważnienia wyboru oferty wykonawcy JBS, uznać należy, iż uwzględnił *on de facto* odwołanie w zakresie zarzutów do tego zmierzających. Zatem wniesiono o stwierdzenie przez Izbę, że doszło do uznania przez zamawiającego zarzutów z pkt I i II odwołania, w części w jakiej zmierzały one do unieważnienia wyboru i nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania oferty wykonawcy JSB. W przypadku takiego stwierdzenia odwołujący wskazał, że cofa zarzuty w pozostałym zakresie i wnosi o umorzenie postępowania oraz orzeczenie zwrotu całego wpisu na podstawie § 5 ust. 1 pkt 2 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 (Dz. U z 2018 poz. 972), zwanego dalej jako „rozporządzenie ws. kosztów”. W przypadku jednak stwierdzenia przez Izbę, iż czynność unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty podjęta przez zamawiającego nie stanowi w istocie uwzględnienia odwołania chociażby częściowo, odwołujący cofa odwołanie w całości wnosząc jednocześnie o zwrot odpowiedniej części wpisu.

Na posiedzeniu z udziałem stron, które odbyło się 20 listopada 2020 r., nikt się nie zjawił, strony prawidłowo zawiadomiono o terminie (zawiadomienia z dnia 13 listopada 2020 r. wraz z potwierdzeniami ich doręczenia w aktach sprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w ustalonym stanie rzeczy zostały spełnione przesłanki art. 187 ust. 8 p.z.p., obligujące skład orzekający do umorzenia postępowania odwoławczego i zwrotu odwołującemu 90% uiszczonego wpisu, zgodnie z oświadczeniem wykonawcy o wycofaniu odwołania w całości.

Skład orzekający wskazuje, że z żadnego oświadczenia procesowego złożonego w postępowaniu odwoławczym nie sposób wywieść, że zamawiający uwzględnił odwołanie, tak jak podnosi odwołujący. Do czasu zamknięcia posiedzenia zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie i jedynie na marginesie należy zauważyć, że z informacji o unieważnieniu wyboru oferty wykonawcy JBS także nie wynika, aby uznał on zarzuty za uzasadnione. Odwołujący podnosił, że w jego ocenie wykonanie czynności żądanej w odwołaniu należy uznać za uwzględnienie środka zaskarżenia przez zamawiającego. Taka konkluzja jest w oczywisty sposób bezzasadna.

Należy zwrócić uwagę, że w praktyce prawa cywilnego nie istnieje możliwość zrównania oświadczeń procesowych z czynnościami materialnoprawnymi. Zatem spełnienie świadczenia w postępowaniu cywilnym nigdy nie było uznawane za równoważne z uznaniem powództwa. Jak również w postępowaniu opartym na prawie zamówień publicznych nie ma żadnych podstaw do utożsamienia realizacji przez zamawiającego określonych czynności ze złożeniem oświadczenia procesowego o uwzględnieniu odwołania. Zatem Krajowa Izba Odwoławcza nie ma ustawowego instrumentu, który mógłby spowodować „stwierdzenie, że doszło do uznania przez zamawiającego zarzutów”, bowiem to zamawiający jest dysponentem swoich oświadczeń procesowych i nie ma możliwości, aby w tym zakresie zastąpił go skład orzekający. Ustawa nie przewiduje także podstawy do umorzenia postępowania, które są katalogiem zamkniętym, w okolicznościach, które podnosił odwołujący – i jedynie uzupełniając należy dodać, że w ocenie Izby na kanwie materiału procesowego nie sposób dojść do takich wniosków.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że w wywiedzionym stanie faktycznym i prawnym, wobec skutecznego oświadczenia odwołującego o wycofaniu odwołania, doszło do wypełnienia hipotezy art. 187 ust. 8 p.z.p. i skład orzekający zobligowany był postępowanie umorzyć, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż wycofanie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy. Zgodnie zatem z art. 187 ust. 8 zd. 2 p.z.p. oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia ws. kosztów Izba nakazała dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....