Sygn. akt: KIO 2601/20

POSTANOWIENIE
z dnia 12 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Matecka

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 12 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2020 r. przez wykonawcę MS Spektrum S. Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających: PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: J. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Syl & Ant Instruments, Inż. J. N.

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy MS Spektrum S. Spółka Jawna z siedzibą 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 (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 Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 2601/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego, którego przedmiotem jest dostawa analizatorów i urządzeń laboratoryjnych dla laboratoriów grupy PGE Energia Ciepła S.A. oraz KOGENERACJA S.A. w celu dostosowania ich do konkluzji BAT w podziale na sześć części. Jak wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ") oraz protokołu postępowania podmiotem działającym w imieniu ww. zamawiających jest PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi 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.), dalej jako „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 maja 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 089-213304.

W dniu 12 października 2020 r. wykonawca MS Spektrum S. Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1) czynności wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty w części (zadaniu) nr 6 zamówienia tj. oferty wykonawcy SYL&ANT Instruments inż. J. N.; oraz
2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy SYL&ANT Instruments inż. J. N. jako niezgodnej z treścią SIWZ;
3) zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i jedynej spełniającej wymogi SIWZ części (zadania) nr 6 zamówienia;

alternatywnie od:

1) czynności wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty w części (zadaniu) nr 6 zamówienia tj. oferty wykonawcy SYL&ANT Instruments inż. J. N.; oraz
2) zaniechania wykluczenia wykonawcy SYL&ANT Instruments inż. J. N. wobec podania w ofercie informacji błędnych i nieprawdziwych;
3) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy SYL&ANT jako oferty wykonawcy wykluczonego;
4) zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i jedynej spełniającej wymogi SIWZ części (zadania) nr 6 zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty SYL&ANT, mimo, że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ:
   a. z treści oferty nie wynika, który konkretny model z 3 (trzech) dostępnych na rynku modeli analizatora XPERT oferuje wykonawca SYL&ANT;
   b. w złożonej ofercie wykonawca SYL&ANT (punkt 8) oświadczył, że oferowane urządzenie posiada parametr: „Błąd pomiaru <2% dla stężeń powyżej 10 mg/L, <5% dla stężeń poniżej 10 mg/L", podczas gdy wymogiem SIWZ (Załącznik nr 1 Opis Przedmiotu Zamówienia Zadanie nr 6 punkt 8) jest: „Błąd pomiaru nie większy niż 3%" bez zależności od poziomu stężenia;
   c. w złożonej ofercie wykonawca SYL&ANT (punkt 9) oświadczył, że oferowane urządzenie posiada parametr: „Rozkład wysokotemperaturowy w 720°C w atmosferze tlenu na katalizatorze platynowym" podczas gdy

wymogiem SIWZ (Załącznik nr 1 Opis Przedmiotu Zamówienia Zadanie nr 6 punkt 9) jest: „Rozkład wysokotemperaturowy do 950 °C w atmosferze tlenu lub powietrza syntetycznego na katalizatorze platynowym";

2)naruszenie art. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w sytuacji, gdy wykonawca SYL&ANT w złożonej do zadania nr 6 ofercie złożył błędne i nieprawdziwe oświadczenie o spełnianiu przez oferowany analizator model XPERT produkcji TE Instruments wymogów SIWZ w zakresie:

a.wymogu wskazanego w Załączniku nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia s. 19 dla zadania nr 6 punkt 4 w przedmiocie możliwości pomiaru metodą różnicową z bezpośrednią NPOC+;
b.wymogu wskazanego w Załączniku nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia dla zadania nr 6 punkt 12 s. 19 w przedmiocie posiadania przez oferowane urządzenie elektronicznego systemu kontroli przepływu gazu także za detektorem;
c.wymogu wskazanego w Załączniku nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia dla zadania nr 6 punkt 22 s. 20 w przedmiocie posiadania przez oferowane urządzenie trybu mycia z „odwróconym wydmuchem" pomagającego w usunięciu ewentualnych cząstek oraz zapobiegającego tzw. „efektowi pamięci;
d.wymogu wskazanego w Załączniku nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia dla zadania nr 6 punkt 9 w przedmiocie rozkładu wysokotemperaturowego na katalizatorze platynowym;
e.wymogu wskazanego w Załączniku nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia dla zadania nr 6 punkt 7: Limit detekcji <50 ppb.

i wprowadzenia w ten sposób zamawiającego w błąd poprzez podanie informacji nieprawdziwych, mających wpływ na wynik postępowania.

Mając na uwadze podniesione zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta:

1)Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty SYL&ANT;
2)Nakazanie Zamawiającemu:

a.Odrzucenia oferty SYL&ANT jako niezgodnej z treścią SIWZ;
b.Dokonanie ponownego badania i oceny pozostałych złożonych ofert;

Alternatywnie nakazanie Zamawiającemu:

1)Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty SYL&ANT;
2)Nakazanie Zamawiającemu:

a.Wykluczenia wykonawcy SYL&ANT i odrzucenia jego oferty;
b.Dokonania ponownego badania i oceny pozostałych złożonych ofert

- jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta: na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, odwołujący wniósł o unieważnienie umowy.

W dniu 15 października 2020 r. wykonawca J. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Syl & Ant Instruments, Inż. J. N. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Stanowisko w sprawie ww. wykonawca przedstawił w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz w piśmie wniesionym w dniu 12 listopada 2020 r. (doręczonym Składowi orzekającemu po zamknięciu posiedzenia). Zarzuty zawarte w odwołaniu ww. wykonawca uznał za niezasadne.

W dniu 10 listopada 2020 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że: „w całości uwzględnia odwołanie w części dotyczącej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy SYL&ANT Instruments inż. J. N., Niewiesze Ul. Pyskowicka 12 44-172 Poniszowice".

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron (na które stawił się wyłącznie odwołujący) w dniu 12 listopada 2020 r. odwołujący oświadczył, że akceptuje uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Wykonawca J. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Syl & Ant Instruments, Inż. J. N. nie stawił się na posiedzenie z udziałem stron w dniu 12 listopada 2020 r. i w konsekwencji nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Wprawdzie w aktach sprawy brak jest potwierdzenia doręczenia ww. wykonawcy odpisu odpowiedzi na odwołanie (w tym miejscu należy wskazać zamawiającemu, iż odpowiedź na odwołanie powinna zostać doręczona nie tylko Izbie, ale również pozostałym uczestnikom postępowania), jednakże ww. okoliczność nie ma znaczenia dla stwierdzenia podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego. Odpowiedź na odwołanie może zostać wniesiona również w trakcie posiedzenia niejawnego z udziałem stron. Wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego musi zatem liczyć się z tym, że w przypadku rezygnacji z uczestnictwa w postępowaniu i złożeniu przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania utraci on prawo do wniesienia sprzeciwu i w konsekwencji zaistnieje podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego. Izba ze zrozumieniem przyjmuje informację ww. wykonawcy odnośnie przyczyn podjęcia decyzji o braku osobistego stawiennictwa na posiedzeniu przed Izbą (sytuacja epidemiczna), należy jednak zauważyć, że po pierwsze, uczestnicy postępowania odwoławczego mogą być reprezentowani w toku posiedzenia i rozprawy przez pełnomocników, a po drugie brak stawiennictwa uczestników na posiedzenie i rozprawę, prawidłowo powiadomionych o ich terminie, nie może wstrzymywać postępowania odwoławczego, a w konsekwencji również postępowania o udzielenie zamówienia. Należy również dodać, że Izba nie mogłaby wywodzić faktu wniesienia sprzeciwu np. z treści pisma procesowego, zawierającego stanowisko o niezasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu. Sprzeciw musi zostać złożony wobec konkretnego oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania przez zamawiającego i musi być jednoznaczny, choćby z tego powodu, że w takiej sytuacji w przypadku uwzględnienia przez Izbę odwołania to wykonawca zgłaszający sprzeciw obciążany jest kosztami postępowania.

Mając na uwadze powyższe, w świetle oświadczeń złożonych przez zamawiającego i odwołującego oraz braku wniesienia sprzeciwu ze strony wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego, a także uwzględniwszy „alternatywny" sposób skonstruowania odwołania, Izba stwierdziła, że zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z przepisem art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:……