Sygn. akt: KIO 922/20

POSTANOWIENIE
z dnia 18 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 18 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę HYMON ENERGY Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Zawiercie działającą w imieniu własnym oraz w imieniu grupy zamawiających (Gminy Irządze, Gminy Łazy, Gminy Sosnowiec, Szczekociny, Gminy Poręba)

przy udziale wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Pabianicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych) na rzecz wykonawcy HYMON ENERGY Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Częstochowie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 922/20

Gmina Zawiercie działającą w imieniu własnym oraz w imieniu grupy zamawiających (Gminy Irządze, Gminy Łazy, Gminy Sosnowiec, Gminy Szczekociny, Gminy Poręba), zwana dalej „Zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie, dostawa i montaż 1068 instalacji solarnych, 2034 mikro-instalacji fotowoltaicznych, 692 z pompą ciepła powietrzną oraz 162 instalacji z kotłem ciepła na biomasę - pellet w ramach programu Budowa instalacji odnawialnych źródeł energii w podregionie sosnowieckim - Irządze, Łazy, Poręba, Sosnowiec, Szczekociny, Zawiercie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 26 maja 2018 r. nr 2018/S 099-225524.

Wykonawca HYMON ENERGY Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (zwany dalej również: „Odwołującym") w dniu 29 kwietnia 2020 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Pabianicach (zwanego dalej: Flexipower), zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Flexipower z postępowania oraz zaniechanie uznania oferty ww. wykonawcy za odrzuconą, pomimo że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego kolejnego wezwania do uzupełnienia tego samego dokumentu z tych samych względów co poprzednio jak i poprzez uwzględnienie przez Zamawiającego przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dokumentów, których wykonawca Flexipower nie złożył w odpowiedzi na wcześniejsze wezwanie do uzupełnienia (art, 26 ust. 3 ustawy Pzp), ale dopiero w odpowiedzi na późniejsze wezwanie do złożenia wyjaśnień (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp); art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Flexipower, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ; art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Flexipower jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Flexipower jako najkorzystniejszej; dokonanie ponownego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę Flexipower; wykluczenia wykonawcy Flexipower z postępowania z przyczyn wskazanych w odwołaniu oraz uznanie oferty wykonawcy Flexipower za odrzuconą; odrzucenie oferty wykonawcy FlexiPower z przyczyn wskazanych w odwołaniu; w konsekwencji dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na podstawie przekazanej kserokopii dokumentacji postępowania ustalono, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazał innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 30 kwietnia 2020 r., drogą elektroniczną.

W dniu 4 maja 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Pabianicach, zwanego dalej również Przystępującym.

Posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego zostało wyznaczone na dzień 18 czerwca 2020 r., godz. 09.30. Strony i przystępujący zostali prawidłowo zawiadomieni o terminie posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postepowania odwoławczego. W szczególności przystępujący został zawiadomiony o terminie posiedzenia droga elektroniczną w dniu 9 czerwca 2020 r. i potwierdził otrzymanie maila w tym dniu (zawiadomienia o terminie posiedzenia, w aktach sprawy).

Ustalono także, że 16 czerwca 2020 r., do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (pismo zamawiającego z 16.06.2020 r., w aktach sprawy). Z akt sprawy wynika, że Zamawiający przekazał kopię uwzględnienia odwołania zarówno Odwołującemu jak i Przystępującemu. Do dnia 18 czerwca 2020 r. do godz. 09.30 nie wpłynęło do Izby stanowisko Przystępującego - wobec uwzględnienia odwołania w całości.

Na posiedzenie Izby wyznaczone w dniu 18 czerwca 2020 r. o godz. 09.30 stawił się Odwołujący oraz Zamawiający. Nie stawił się Przystępujący.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawcę Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Pabianicach, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przywoływanym przepisem, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający złożył skuteczne oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów w całości. W tej sytuacji, przesłanką do wyznaczenia rozprawy i rozpoznania odwołania było wniesienie przez przystępującego sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości do czasu zamknięcia posiedzenia, co nie nastąpiło.

Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą 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 wyznaczenie rozprawy. Jest to zatem faza, w której następuje koncentracja środków ochrony prawnej, w związku z czym uczestnicy postępowania odwoławczego stawiając się na posiedzenie winni być gotowi do określenia swoich stanowisk procesowych warunkujących dalsze procedowanie w sprawie. Omawiany etap postępowania odwoławczego następuje po fazie posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron. Przepis § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz.U. z 2014 poz. 964 ze zm.) stanowiący o wzywaniu przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu w terminie 3 dni nie znajduje zastosowania w sytuacji, gdy zostało już wyznaczone posiedzenie z udziałem stron i uczestników postepowania odwoławczego. Powyższe wynika w sposób jednoznaczny z przepisu § 13 ust. 2a ww. rozporządzenia.

Dokonując analizy § 13 ww. rozporządzenia należy dojść do wniosku, iż intencją Ustawodawcy było przesądzenie kwestii, iż trzydniowy termin liczony od dnia wezwania do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu - co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów - nie ma zastosowania do posiedzenia z udziałem stron i

uczestników postępowania odwoławczego. Zatem niestawiennictwo Przystępującego - prawidłowo powiadomionego o terminie posiedzenia - równoważne jest z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W konsekwencji wobec braku oświadczenia przystępującego o wniesieniu sprzeciwu do czasu zamknięcia posiedzenia, Izba zobowiązana treścią przywołanych wcześniej przepisów postępowanie umorzyć.

W związku z powyższym Izba, na podstawie art. 186 ust. 3, art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b, art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, postanowiła jak na wstępie.

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 5 ust. 1 pkt 1 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. nr 41, poz. 238 ze zm.). Stosownie do tego przepisu, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w

odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił, wypełniając wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: .....