

Sygn. akt: KIO 1397/21

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 21 czerwca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 21 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 r. przez wykonawcę **Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Dubiecko, Gminę Krzywca, Gminę Miejską Dynów** oraz **Gminę Bircza**, prowadzący postępowanie: **KADM SOLUTIONS Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu**

przy udziale:

- 1) wykonawcy **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kudrowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1397/21 po stronie Zamawiającego,
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ML System+ Sp. z o.o. z siedzibą w Zaczerniu** oraz **ML System S.A. z siedzibą w Zaczerniu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1397/21 po stronie Zamawiającego,

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – wykonawcy **Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Dubiecko, Gmina Krzywca, Gmina Miejska Dynów oraz Gmina Bircza [dalej „Zamawiający”] prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę i montaż instalacji fotowoltaicznych, instalacji kolektorów słonecznych, kotłów na biomasę oraz pomp ciepła na terenie gminy Dubiecko, gminy Krzywca, gminy Miejskiej Dynów i gminy Bircza* (znak postępowania: SOSiZK.271.14.2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 237 – 582992.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”].

W dniu 10 maja 2021 r. wykonawca Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie części 1 i 2 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

#### w zakresie części nr 1

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz § 14 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z pkt 8.7.3. lit. b SIWZ poprzez błędne przyjęcie, że przedstawione przez Odwołującego dokumenty dotyczące oferowanego przez Sanito modułu fotowoltaicznego MP-M-345-120H produkcji MP Solar Group Sp. z o.o. nie potwierdzają spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego i tym samym, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu;

ewentualnie

3. art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 30b ust. 4 przez zaniechanie wezwania do przedłożenia dowodów lub wyjaśnień w kwestii braku dostępu Wykonawcy do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w art. 30b ust. 1 i 3 oraz możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie i przypisania tego braku Wykonawcy,

#### w zakresie części nr 2

4. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez unieważnienie Postępowania w zakresie części nr 2

zamówienia bez zaistnienia powołanych okoliczności faktycznych mających rzekomo wskazywać na naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 38 ust. 1 ustawy Pzp (brak odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące treści SIWZ). [Ponadto, nawet przy zaistnieniu wskazanych okoliczności faktycznych, przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp pozostawałaby niespełniona];

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez unieważnienie Postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

6. art. 93 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie podania należytego uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Wykonawcy i powtórzenia czynności oceny ofert w części nr 1 z uwzględnieniem oferty Wykonawcy;

2. unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania w zakresie części nr 2.

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa nPzp”].

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 14 maja 2021 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ML System+ Sp. z o.o. z siedzibą w Zaczerniu oraz ML System S.A. z siedzibą w Zaczerniu, a w dniu 17 maja 2021 r. zgłosił przystąpienie wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kudrowicach.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia ww. wykonawców, którzy stali się tym samym uczestnikami postępowania odwoławczego.

W dniu 13 maja 2021 r. Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty Odwołującego w zakresie dotyczącym części 2 postępowania, tj. zarzutów 4 – 6 odwołania.

W dniu 2 czerwca 2021 r. Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty Odwołującego w zakresie dotyczącym części 1 postępowania, tj. zarzutów 1 – 3 odwołania.

W dniu 21 czerwca 2021 r. w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestników postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy wspólnie ubiegający ML System+ Sp. z o.o. z siedzibą w Zaczerniu oraz ML System S.A. z siedzibą w Zaczerniu oświadczyli, że nie wnoszą sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Z kolei wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. z siedzibą w Kudrowicach, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, nie stawiał się na posiedzenie Izby. Zgodnie z art. 549 ust. 4 ustawy nPzp, niestawiennictwo strony lub uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania.

Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawiał się na posiedzenie Izby wyznaczone na dzień 21 czerwca 2021 r. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego całości 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.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 2 ustawy nPzp. Zgodnie z treścią tego przepisu 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.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 2 ustawy nPzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ww. ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

**Przewodniczący:** .....