

Sygn. akt: KIO 255/21

POSTANOWIENIE
z dnia 17 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz
Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **17 lutego 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 stycznia 2021 r.** przez Odwołującego **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k., ul. Kudrowice 12, 95-200 Pabianice** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę Skaryszew, ul. Słowackiego 6, 26-640 Skaryszew**

przy udziale wykonawcy **Eco-Team Sp. z o.o. Sp. K., ul. Władysława Jagiełły 60, 42-202 Częstochowa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczanego wpisu na rzecz **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k., ul. Kudrowice 12, 95-200 Pabianice**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Dnia 22 stycznia 2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie złożył wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k., ul. Kudrowice 12, 95-200 Pabianice (dalej jako „FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k.” albo „Odwołujący”). Odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy.

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Dostawę i montaż instalacji fotowoltaicznych, instalacji kolektorów słonecznych oraz pomp ciepła na terenie Gminy Skaryszew*”. Część I, Nr postępowania: RIŚ.271.7.2020.KN przez Zamawiającego Gminę Skaryszew, ul. Słowackiego 6, 26-640 Skaryszew (dalej jako „Gminę Skaryszew” albo „Zamawiającym”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 01 września 2020 r. pod nr 2020/S 169-408832.

Odwołanie złożono wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty w części I oferty Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa zwana dalej: „Sanito Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”, pomimo wystąpienia wobec przedmiotowego wykonawcy podstaw wykluczenia z powodu naruszenia w sposób zawiniony obowiązków zawodowych, w szczególności niewykonania zamówienia, w wyniku zaakceptowania dowodów na to, że podjęte przez Sanito Sp. z o.o. środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, pomimo, że złożone w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (zwanej dalej „Pzp”) środki dowodowe nie wskazują na to, aby podjęte przez Wykonawcę działania były wystarczające, dla niezastosowania sankcji z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp, a w konsekwencji braku wykluczenia Sanito Sp. z o.o.,
- 2) nieudostępnieniu przez Zamawiającego Wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. utajnionej jako tajemnica przedsiębiorstwa części złożonego oświadczenia dotyczącego opisu środków podjętych przez Sanito Sp. z o.o. w celu wykazania jej rzetelności wraz z załączeniem odpowiednich dowodów oraz utrudnienie w ten sposób skorzystania ze środków ochrony prawnej co do treści badania podstaw wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził w odwołaniu, że środki ochrony prawnej przysługują podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub

może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. FlexiPower Group Sp. z o.o. sp.k. posiadając status Wykonawcy uzyskała prawo do skierowania środków ochrony prawnej nakierowanych na badanie zgodności z ustawą czynności Zamawiającego. Postępowanie jest prowadzone w procedurze odwróconej. Ponieważ zatem oferty pozostałych wykonawców nie zostały jeszcze zbadane Zamawiający obejmuje wiedzą aktualne informacje o podstawach wykluczenia i zgodności oferty z ustawą i SIWZ jedynie co do Wykonawcy ocenionego najwyżej. W razie wystąpienia przesłanek wykluczenia lub odrzucenia ofert pozostałych Wykonawców w koniunkcji z uwzględnieniem niniejszego odwołania, FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. posiada możliwość realizacji zamówienia bez kwestionowania ofert sklasyfikowanych wyżej z uwagi na to, że oferta ta nie została ostatecznie zweryfikowana przez Zamawiającego na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. Samo wniesienie środka ochrony prawnej, jak i kontrola czynności wyboru najkorzystniejszej oferty jest dodatkowo utrudniona z uwagi na nieudostępnienie w sposób niezgodny z ustawą całości wyjaśnień przytoczonych przez Sanito Sp. z o.o. Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w części I co do meritum jest zatem wadliwa dodatkowo z tej przyczyny, że, z uwagi na odmowę udostępnienia informacji publicznej, jaką niewątpliwie stanowi oświadczenie złożone w trybie art. 24 ust. 8 Pzp wraz z dowodami przez innego Wykonawcę, zmniejsza zakres merytorycznej kontroli Wykonawców nad legalnością postępowania. Nie jest w stanie tym samym dokonać pełnej weryfikacji, czy podejmowane lub podjęte przez Zamawiającego czynności są zgodne z ustawą. FlexiPower Group Sp. z o.o. sp.k. została pozbawiona możliwości takiej weryfikacji czynności i zaniechania Zamawiającego narażają ją na szkodę w zakresie, w jakim wybór najkorzystniejszej oferty w części I może być obarczony niewykrywalnymi w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia błędami. Jednocześnie utrzymanie w mocy zaskarżonej czynności, w świetle istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, powodowałoby ryzyko poniesienia przez FlexiPower Group Sp. z o.o. sp.k. szkody w zakresie w jakim postępowanie zostałoby zakończone, a spółka mogłaby nie uzyskać zamówienia w części I poprzez niemożność skorygowania decyzji Zamawiającego lub też utrzymanie statusu Wykonawcy dla jednego z przedsiębiorców konkurujących w postępowaniu – szkoda wyrażona jako *lucrum cessans*.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu, w zakresie czynności z dnia 12 stycznia 2021 r. (e-mailem), gdy Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – w zakresie Części 1. Odnośnie czynności udostępnienia w zakresie self-cleaningu Sanito Sp. z o.o. miało to miejsce w dniu 17 listopada 2020 r. (e-mailem), zgodnie z pismem Zamawiającego z 8 lutego 2021 r. (e-mailem) przekazany

do KIO wraz z załączonymi dowodami. Nadto, Izba ustaliła na podstawie przekazanej dokumentacji postępowania w formie elektronicznej, że Zamawiający dodatkowo dokonał udostępnienia w tym zakresie 02 i 03 grudnia 2020 r. (e-mailem) w odpowiedzi na wniosek z 02 grudnia 2020 r. udostępniając Odwołującemu kopie całej korespondencji Zamawiającego z innymi Wykonawcami. Z ustaleń Izby wynika, że nie miało to miejsca w dniu 15 stycznia 2021 r., jak twierdził Odwołujący w odwołaniu.

Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w dniu 28 grudnia 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy Pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych. (zwanej dalej nPzp).

Zamawiający w dniu 25 stycznia 2021 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 nPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28 stycznia 2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Eco-Team Sp. z o.o. Sp. K., ul. Władysława Jagiełły 60, 42-202 Częstochowa zwanej dalej: „Eco-Team Sp. z o.o. Sp. K.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zostało podpisane przez P.Z. komplementariusza umocowanego do reprezentacji obu spółek zgodnie z załączonymi wydrukami KRS-ów.

W dniu 28 stycznia 2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Sanito Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zostało podpisane przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez V-ce P.Z. osobę ujawnioną w załączonym wydruku KRS-u i umocowana do samodzielnej reprezentacji.

W dniu 15 lutego 2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Sanito Sp. z o.o. złożyła pismo pełnomocnika Przystępującego wraz z załącznikami (częściowo tajemnica przedsiębiorstwa) wnosząc o oddalenie odwołania. Pismo zostało podpisane przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez osobę umocowaną do reprezentowania wykonawcy.

W dniu 16 lutego 2021 r. (e-mailem) Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania, ewentualnie odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu niedostępności przez Zamawiającego Wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. utajnionej jako tajemnica przedsiębiorstwa części złożonego oświadczenia dotyczącego opisu środków podjętych przez Sanito Sp. z o.o. Pismo zostało podpisane przez adwokata umocowanego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez Burmistrza Miasta i Gminy Skaryszew.

Odwołujący, w dniu 16 lutego 2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) przed wyznaczeniem terminu posiedzenia i rozprawy przed Izbą złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie nPzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie o sygn. akt: KIO 255/21, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 13 500,00 zł, stosownie do art. 557 i art. 575 nPzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....