

Sygn. akt: KIO 182/17

POSTANOWIENIE
z dnia 12 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 12 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2018 r. przez odwołującego - **EKO-SOLAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z/s w Wszeradowie Wszeradów 2, 46-100 Namysłów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Gminą Ożarówice, 42-625 Ożarówice ul. Dworcowa 15,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego - **EKO-SOLAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z/s w Wszeradowie Wszeradów 2,46-100 Namysłów** kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć 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 2017 r. poz. 2164 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 2164 ze zm.) [ustawy Pzp], którego przedmiotem jest: „Budowa instalacji fotowoltaicznych na budynkach użyteczności publicznej w Gminie Ożarówice” przez wykonawcę EKO-SOLAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z/s w Wszeradowie [Odwołujący]. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19.06.2017 r. pod numerem nr 534469-N-2017). Zamawiający - Gmina Ożarówice, zdaniem wykonawcy, odrzucił ofertę EKO-SOLAR sp. z o.o. z/s w Wszeradowie z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp albowiem jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ]. Wskazał także, że naruszenie tego przepisu jest skutkiem zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy: PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni, ECO TEAM Sp. z o.o. s.k. z/s w Częstochowie, A&B SOLARCOMPANY Sp. z o.o. z/s w Poznaniu ML SYSTEM SA z/s w Zaczernie i ML SYSTEM+ sp. z o.o. z/s w Zaczernie oraz SANITO sp. z o.o. z/s w Warszawie, których treść nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący wskazał ponadto na naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego, spełniającej wymagania z równoczesnym nie odrzuceniem do chwili wniesienia odwołania ofert, które wymagań ustawy Pzp i SIWZ nie spełniają.
 - art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 30 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, i wymaganie w trakcie postępowania spełnienia przez moduły fotowoltaiczne oferowane przez wykonawców parametrów wyłącznie opisanych w SIWZ, co skutkowało odrzuceniem jego oferty, która przedstawiła produkty i rozwiązania równoważne lub lepsze.
- Z ostrożności wskazał także naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia dłączonego modułu fotowoltaiczny producenta Selfa GE S.A. model SV60P.4-260 zaoferowany przez EKO-SOLAR Sp. z o.o. z/s w Wszeradowie jest równoważnym lub lepszym w stosunku do parametrów opisanych dla modułu fotowoltaicznego w SIWZ i w konsekwencji zaniechanie wezwania Odwołującego do przedstawienia stosownych dokumentów potwierdzających taką okoliczność.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego - EKO- SOLAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z/s w Wszeradowie; (2) dokonania ponownego zbadania i oceny ofert Odwołującego; (3) odrzucenia ofert PRO-ECO Sp. z o.o.

z/s w Gdyni, ECO TEAM Sp. z o.o. s.k. z/s w Częstochowie, A&B SOLARCOMPANY Sp. z o.o. z/s w Poznaniu, ML SYSTEM SA z/s w Zaczernię, ML SYSTEM+ sp. z o.o. z/w Zaczernię, oraz SANITO sp. z o.o. z/s w Warszawie; (4) dokonanie wyboru oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu lub wykluczeniu.

Wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

- 1) z zeznań: T. K., T. J. oraz W. S. [adresy do doręczeń: (.....)] - na okoliczność, że moduły fotowoltaiczne zaoferowane przez Odwołującego spełniają wymagania związane z parametrami ustalonymi w SIWZ albowiem są one równoważne lub lepsze od tych określonych przez Zamawiającego,
- 2) ekspertyzy z dnia 29.01.2018 r. także na okoliczność, że moduły fotowoltaiczne zaoferowane przez Odwołującego spełniają wymagania związane z parametrami ustalonymi w SIWZ albowiem są one równoważne lub lepsze od tych określonych przez Zamawiającego.

Z ostrożności w przypadku kwestionowania przez Zamawiającego lub innych uczestników okoliczności, że moduły fotowoltaiczne zaoferowane przez Odwołującego spełniają wymagania związane z parametrami ustalonymi w SIWZ albowiem są one równoważne lub lepsze od tych określonych przez Zamawiającego, wówczas wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu instalacji elektrycznych na okoliczność ustalenia czy moduły fotowoltaiczne zaoferowane przez Odwołującego spełniają wymagania związane z parametrami ustalonymi w SIWZ albowiem są one równoważne lub lepsze od tych określonych przez Zamawiającego.

Zamawiający w piśmie z dnia 9 lutego 2018r. oświadczył, że uwzględni zarzuty zawarte w odwołaniu oraz unieważni czynność odrzucenia oferty Odwołującego i przystąpi do powtórzenia czynności badania i oceny ofert zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu oraz dokona wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, o czym, zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, niezwłocznie zawiadomi wykonawców.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił w dniu 7 lutego 2018r. przystąpienie wykonawca PRO-ECO sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, o czym powiadomił Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w piśmie z dnia 5 lutego 2018 r. nadanym na pocztę. Wykonawca ten jednocześnie w dniu 9 lutego 2018 r. w piśmie z tej samej daty przesłanym mail-em oświadczył, że sprzeciwia się uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wniósł o rozpoznanie odwołania przez Izbę i oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba uznała, że zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę PRO-ECO sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni jest nieskuteczne z tego powodu, że zostało doręczone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z uchybieniem terminu wymaganego art. 185 ust.2 ustawy Pzp.

Zgodnie ze wskazanym art. 185 ust. 2 ustawy Pzp: *„Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie papierowej albo elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie”*. Z powyższego przepisu wynika zatem w sposób jednoznaczny, że do skuteczności dokonania zgłoszenia przystąpienia konieczne jest zachowanie określonych w tym przepisie przesłanek, w tym co do terminu. Termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego ma charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a jego niedochowanie powoduje utratę prawa do udziału w postępowaniu odwoławczym spowodowaną nie uzyskaniem statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Z ustaleń Izby wynika, że kopia odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego została przekazana wykonawcom w dniu 2 lutego 2018 r., natomiast wykonawca PRO-ECO zgłosił w formie pisemnej przedmiotowe przystąpienie dopiero w dniu 7 lutego 2018 r., to jest z przekroczeniem terminu do jego wniesienia, który upływał w dniu 5 lutego 2018 r. Oświadczenie co prawda zostało złożone w piśmie z dnia 5 lutego 2018 r., które to pismo zostało nadane na pocztę także w dniu 5 lutego 2018 r., jednakże jego doręczenie do Prezesa KIO nastąpiło dopiero w dniu 7 lutego 2018 r.

Wobec powyższych ustaleń wykonawca PRO-ECO sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni nie był uprawniony do wniesienia sprzeciwu, albowiem nie uzyskał statusu uczestnika postępowania odwoławczego. Tym samym w tych okolicznościach faktycznych wniesiony sprzeciw jest nieskuteczny i tym samym Krajowa Izba Odwoławcza, mając odpowiednio na uwadze art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji. Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 186 ust. 6 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....