

Sygn. akt: KIO 675/19

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 19 kwietnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący:     Bartosz Stankiewicz  
Członkowie:           Robert Skrzyszewski  
                              Klaudia Szczytowska-Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 19 kwietnia 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia: **ML SYSTEM S.A.** z siedzibą w Zaczerniu pod nr 190 (36-062 Zaczernie) oraz **ML SYSTEM+ Sp. z o.o.** z siedzibą w Zaczerniu pod nr 190 (36-062 Zaczernie) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Łuków** z siedzibą przy ul. Świderskiej 12 (21-400 Łuków)

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia: **ML SYSTEM S.A.** z siedzibą w Zaczerniu oraz **ML SYSTEM+ Sp. z o.o.** z siedzibą w Zaczerniu, stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986 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 Lublinie**.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....

### **Uzasadnienie**

Gmina Łuków zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” na dostawę i montaż instalacji kolektorów słonecznych oraz instalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Łuków w ramach projektu „Czysta Energia w Gminie Łuków III”, (znak sprawy: PI.271.1.2019).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 lutego 2019 r. pod nr 2019/S 024-052293.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 12 kwietnia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia: ML SYSTEM S.A. z siedzibą w Zaczerniu oraz ML SYSTEM+ Sp. z o.o. z siedzibą w Zaczerniu zwani dalej: „odwołującym” wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucili zamawiającemu:

- błąd w ustaleniach faktycznych, polegających na przyjęciu, iż wniesiona przez wykonawcę gwarancja zawiera zapis „zakazany” treścią SIWZ w sytuacji, w której zastosowana przez gwaranta klauzula nie jest tożsama z tą wskazaną przez zamawiającego;

- rażące naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 7b) w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 45 ust. 6 pkt. 4 Pzp - poprzez wadliwe odrzucenie poprawnie złożonej oferty – wykonawca wniósł wadium o treści zgodnej ze SIWZ, spełniając przy tym wszystkie przesłanki uregulowane w Pzp, stąd też odrzucenie oferty przez zamawiającego było nieuprawnione;

a z ostrożności, także:

- rażące naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 7b Pzp w zw. z art. 45 ust. 6 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 94 k.c. poprzez przyjęcie, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy i nie zapewniający zamawiającemu odpowiedniego zabezpieczenia, podczas gdy zastrzeżony w treści gwarancji wadialnej warunek jest warunkiem z technicznego punktu widzenia niemożliwym do spełnienia, gdyż nie można „zwrócić oryginału” dokumentu w formie elektronicznej. W takiej sytuacji natomiast, zgodnie z powołanymi wyżej przepisami, ww. warunek rozwiązujący (jako niemożliwy do spełnienia) uważa się za niezastrzeżony;

- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 45 ust. 6 pkt. 4 Pzp poprzez nieprzeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - interpretacja, po terminie otwarcia ofert, spornych zapisów SIWZ na niekorzyść Wykonawcy, który złożył najdroższą, lecz jedyną merytorycznie i formalnie poprawną ofertę, świadczy w ocenie odwołującego o naruszeniu ww.

zasady. Co więcej, sposób dokonanej przez zamawiającego interpretacji spornych zapisów SIWZ istotnie przekracza dyspozycję art. 36 ust. 1 pkt. 8 Pzp oraz uzasadnione interesy zamawiającego;

- naruszenie art. 92 ust. 1 pkt. 3 Pzp poprzez brak sformułowania uzasadnienia faktycznego i prawnego zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty odwołującego w sposób pozwalający mu na weryfikację prawidłowości tej decyzji.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności uznania jego oferty za odrzuconą;
- dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem jego oferty.

Zamawiający przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 15 kwietnia 2019 r.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 16 kwietnia 2019 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w otrzymanym odwołaniu. Ponadto zamawiający wniósł o umorzenie postępowania oraz wzajemne zniesienie kosztów na podstawie art. 186 ust. 2b pkt 1 Pzp.

*Zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp - W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie zaistniał stan faktyczny wskazany w powyższej normie prawnej, tj. zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, a do postępowania po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W związku z tym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze. Natomiast dalsze czynności, które zamawiający podjął lub podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w związku z ustaleniem zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnym zakresie nie miało charakteru merytorycznego, zatem przybrało postać postanowienia.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 2 zd. 1 i art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1) Pzp, uznając, że znoszą się one wzajemnie. Jednocześnie, mając na względzie fakt, iż uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości nastąpiło przed otwarciem rozprawy, Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....