

Sygn. akt: KIO 2228/13

WYROK
z dnia 30 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 września 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2013 r. przez **Odwołującego** – pana Andrzeja S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Wielobranżowy Zakład Usługowy Andrzej S., ul. Botaniczna 25A, 87-800 Włocławek, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Gmina Kołaki Kościelne, Kołaki Kościelne 11, 18-315 Kołaki Kościelne,

przy udziale **Wykonawcy** - AWAS - Systemy Sp. z o.o., ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – pana Andrzeja S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Wielobranżowy Zakład Usługowy Andrzej S., ul. Botaniczna 25A, 87-800 Włocławek, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – pana Andrzeja S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Wielobranżowy Zakład Usługowy Andrzej S., ul. Botaniczna 25A, 87-800 Włocławek, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łomży.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) [dalej ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego, przez Zamawiającego - Gmina Kołaki Kościelne, którego przedmiotem jest „Budowa przydomowych biologicznych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Kołaki Kościelne.” Odwołujący – Andrzej S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „WIELOBRANŻOWY ZAKŁAD USŁUGOWY - ANDRZEJ S.” z Włocławka wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, polegających na odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nieodpowiadającej treści specyfikacji. W odwołaniu oprócz zarzutu naruszenia wskazanego przepisu wnoszący odwołanie wskazał także na naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust.1 i art. 8 ust.1 ustawy Pzp, albowiem jego zdaniem Zamawiający nie podał prawidłowo wymaganego przepisami ustawy Pzp uzasadnienia dla odrzucenia jego oferty i tym samym naruszył zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, a także zasadę jawności postępowania. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego. Dalej podał, że oferta Odwołującego jest wykonawcą mającym interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy przedmiotowa sprawa. Jego oferta spełnia wymagania wynikające z SIWZ i co więcej, oferta w pierwszej kolejności została wybrana przez samego Zamawiającego, a konsekwencją uwzględnienia niniejszego odwołania będzie możliwość dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu odwołania podał, że wykonawca przedłożył odpowiednie dokumenty potwierdzające spełnienie warunków specyfikacji oraz norm, do których wskazane warunki się odnoszą. W szczególności powołał się na pismo Instytutu Techniki Budowlanej z dnia 09 lipca 2012 r., które, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, jest jasne i klarowne w swej treści i przekazie. Stąd brak było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dalej wykonawca podał, (...) że Zamawiający nie wskazał, na czym konkretnie miałyby polegać uzasadniająca odrzucenie wskazanej oferty niezgodność pomiędzy treścią tej oferty i treścią SIWZ. W szczególności precyzyjnego uzasadnienia w tej kwestii nie zawiera „Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty” z dnia 12 września 2013 r. Zamawiający ogranicza się, bowiem w tym piśmie we wskazanej kwestii

jedynie do ogólnikowych twierdzeń, że Wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających, iż kompletna przydomowa biologiczna oczyszczalnia ścieków spełnia wytyczne normy PN-EN 12566-3+A1: 2009, a zapisy pisma Instytutu Techniki Budowlanej z dnia 09 lipca 2012 r. „nie są jednoznaczne” itp. i nie wyjaśniają wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający nie stawia jednak przy tym ofercie złożonej przez Wykonawcę Andrzeja S. żadnego konkretnego zarzutu, co do tego, w jakim konkretnie zakresie i w jakiej konkretnie kwestii treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ. Powołując się na orzecznictwo KIO stwierdził, że Zamawiający odrzucając ofertę wykonawcy, jako nieodpowiadającą treści SIWZ, w istocie poprzestał na ogólnych i subiektywnych stwierdzeniach i tym samym wykonawca nie miał wiedzy, co do tego, jakie konkretnie przyczyny uzasadniały w ocenie Zamawiającego odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania przetargowego. Dalej podał, że (...) nie wie, dlaczego pismo Instytutu Techniki Budowlanej z dnia 09 lipca 2012 r. zostało przez Zamawiającego zakwestionowane i jakie konkretnie zarzuty w stosunku do treści tego pisma miał Zamawiający. Z tego względu Wykonawca nawet nie jest w stanie w sposób konkretny i kompleksowy odnieść się do przyczyn będących podstawą odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego”. Powyższe – jego zdaniem - prowadzi do konkluzji, że w przedmiotowej sprawie wykonawca nie został należycie poinformowany przez Zamawiającego o przyczynach faktycznych i prawnych odrzucenia oferty Wykonawcy. Podkreślił, że prawidłowa realizacja obowiązku informacyjnego w przedmiocie wskazania podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia oferty stanowi także przejaw realizacji wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 wskazanej ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. To zaś oznacza, że lakoniczne i enigmatyczne uzasadnienie podjętej wobec wykonawcy czynności pozbawia wykonawcę możliwości obiektywnej oceny jej poprawności i ewentualnego rzeczowego zakwestionowania argumentów, które legły u jej podstaw, uchybiając tym samym wskazanym fundamentalnym regułom rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca stwierdził również, że Zamawiający w istocie nie podjął żadnych czynności zmierzających do wyjaśnienia jego wątpliwości dotyczących treści pisma Instytutu Techniki Budowlanej z dnia 09 lipca 2012 r., albowiem mógł zażądać od wykonawcy złożenia odpowiednich wyjaśnień dotyczących pisma Instytutu Techniki Budowlanej. Wskazał również, że Zamawiający w pierwszej kolejności dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i tym samym zgodnej z SIWZ (zgodnie z „Ogłoszeniem o wyborze najkorzystniejszej oferty” z dnia 29 sierpnia 2013 r.). Na tym etapie sprawy wątpliwości Zamawiającego nie budziła m.in. kwestia zgodności oferty z SIWZ, które to wątpliwości wystąpiły dopiero po wyborze jego oferty. Konsekwencją odrzucenia oferty wykonawcy Andrzeja S. było unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca AWAS - Systemy Sp. z o.o. z Warszawy wnosząc o oddalenie odwołania. W przystąpieniu oświadczył, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, albowiem skutkiem unieważnienia nastąpi ogłoszenie kolejnego przetargu i jego interes w uzyskaniu zamówienia przekracza ramy jednego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba w pierwszej kolejności postanowiła nie uwzględniać opozycji zgłoszonej przez Odwołującego do przystąpienia wykonawcy - AWAS - Systemy Sp. z o.o. z Warszawy. W tym przypadku Izba stwierdza, że przystępujący wykonawca - zgodnie z art. 185 ust. 3 ustawy Pzp - uzyskuje status uczestnika postępowania odwoławczego, wtedy gdy ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść tej strony do której przystępuje. Z kolei przepis art. 179 ust.1 ustawy Pzp, stanowiący także o interesie, interes ten wiąże z uzyskaniem zamówienia w danym postępowaniu. Izba stwierdza również, że zgłaszający opozycję ma obowiązek uprawdopodobnić brak interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. W tym stanie faktycznym, Odwołujący zgłaszający opozycję nie uprawdopodobnił braku interesu wykonawcy AWAS w rozumieniu art. 185 ust.3 ustawy Pzp, albowiem przede wszystkim swoją argumentację oparł na regulacji wynikającej z art. 179 ust.1 ustawy Pzp, stwierdzając, że wykonawca AWAS nie ma interesu w zgłoszeniu przystąpienia i jednocześnie podnosząc brak możliwości wykazania przez tego wykonawcę szkody. Zdaniem Izby, interes w rozumieniu art. 185 ust.3 ustawy Pzp - w przypadku, tak jak w niniejszej sprawie, przystąpienia zgłoszonego po stronie zamawiającego i wobec czynności unieważnienia postępowania - może wykraczać poza ramy jednego postępowania o udzielenie zamówienia. Z tego też względu opozycja została oddalona.

Izba ustaliła, że przedmiotem tego zamówienia jest dostawa, której wartość nie przekracza kwoty ustalonej przepisami rozporządzenia w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot. Tym samym w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniach o wskazanej wartości odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej reki lub zapytania o cenę; (2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenia odwołującego z

postępowania o udzielenie zamówienia; oraz wobec (4) odrzucenia oferty odwołującego. Tym samym rozpoznaniu przez Izbę może podlegać wyłącznie czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Z tego też względu zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i związane z tym przepisem naruszenie art. 7 ust.1 i art. 8 ust.1 ustawy Pzp Izba pozostawiła bez rozpatrzenia.

Rozpoznając odwołanie w zakresie wskazanego zarzutu Izba stwierdziła, że Zamawiający w pkt 3.3. oraz w pkt 7.4 specyfikacji, a także podobnie w odpowiedziach na pytania zawartych w piśmie z dnia 24 lipca br. wymagał pełnego raportu z badań PBOŚ, zgodnego z normą PN-EN 12566-3 + A1:2009. Także w wezwaniu [skierowanym do wykonawcy na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp] do uzupełnienia dokumentów z dnia 6 sierpnia br. żądał stosownych protokołów [protokołu głównego z badań PBOŚ, protokołu z badań wodoszczelności dla wszystkich oferowanych oczyszczalni o 6 RLM, 9 RLM, 12 RLM, 15 RLM, 18 RLM, protokołu z badań wytrzymałości konstrukcyjnej dla oferowanych oczyszczalni oraz protokołu z badań trwałości materiału, z którego jest wykonany zbiornik PBOS], wskazując wyłącznie na normę PN-EN 12566-3 + A1:2009. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca nie przedłożył żądanych dokumentów i tym samym nie spełnił wymagań określonych w pkt 3.3. siwz [wraz z jego uszczegółowieniem zawartym w odpowiedzi z dnia 24 lipca 2013 r.], nie przedstawił bowiem dokumentów potwierdzających, że kompletna przydomowa biologiczna oczyszczalnia ścieków zwana dalej "PBOŚ" spełnia wytyczne normy PN-EN 12566-3 + A1:2009. Pismo ITB z dnia 9 lipca 2012 r. na które powołuje się Odwołujący nie może być uznane za dokument zastępujący raporty z wymaganą normą PN-EN 12566-3 + A1: 2009, bądź zwalniający z przedłożenia tych raportów, albowiem Zamawiający nie dopuścił innego dokumentu, aniżeli raporty wykonane zgodnie ze wskazaną normą. W tym miejscu Izba stwierdza, że wykonawca po złożeniu oferty nie może interpretować postanowień specyfikacji w sposób rozszerzający w dostosowaniu do przedłożonych dokumentów. Usuwanie wątpliwości powinno następować w trybie pytań kierowanych do zamawiającego na podstawie art. 38 ustawy Pzp, w sytuacji gdy wykonawca uznaje, że dane wymaganie może być rozumiane co najmniej na dwa sposoby. Tylko taki tryb pozwala na obiektywne ustalenie woli zamawiającego, co do danego postanowienia specyfikacji. Tym samym rozbieżność pomiędzy ewentualnym zamiarem zamawiającego, a rzeczywistym sformułowaniem zawartym w siwz warunku nie może na etapie oceny ofert być przedmiotem surowszej bądź bardziej liberalnej interpretacji, skutkiem której może być niezasadne odrzucenie oferty bądź zakwalifikowanie oferty, jako spełniającej wymagania wbrew literalnemu warunkowi specyfikacji. W niniejszej sprawie przedłożone protokoły [główny, z badań wodoszczelności, wytrzymałości konstrukcyjnej oraz trwałości materiału] dotyczą zbiornika przydomowej oczyszczalni wykonanego na osadnikach gnilnych zgodnie z normą

PN- EN 12566-1: 2004, a nie z wymaganą normą PN – EN 12566-3 + A1: 2009 właściwą dla PBOŚ [przydomowej biologicznej oczyszczalni ścieków]. Izba stwierdza dodatkowo, że stanowisko ITB zawarte w piśmie z dnia 9 lipca 2012 r. może nasuwać co najmniej wątpliwości, albowiem zarówno z tego pisma jak i z zapytania przedłożonego na rozprawie wynikają rozbieżności, a mianowicie w zapytaniu mailowym z dnia 25.06.2012 r. jego autor posługuje się normą PN – EN 12566-3: 2005 + A1:2009. Podobnie w odpowiedzi, w której pojawia się oznaczenie normy PN – EN 12566-1: 2004 oraz zastrzeżenie [lub wymóg] identyczności zbiornika na osadnikach gnilnych oraz dla oczyszczalni ścieków SL – BIOS. Analogiczne zastrzeżenia zawarto także w mailu z dnia 24.05.2011 r. podając, że normę PN – EN 12566-1: 2004+A1: 2006 [tu: rozbieżność] można wykorzystywać dla tego samego wyrobu do oceny zgodnie z normą PN – EN 12566-3: 2007 + A1: 2009 [też różnica w oznaczeniu normy] (...) przy założeniu, że zastosowane metody badawcze odpowiadają tej normie. W konkluzji Izba stwierdza, że z faktu uprzedniego wyboru oferty Odwołującego, wykonawca nie może domagać się utrzymania takiej decyzji w mocy w sytuacji, gdy Zamawiający po dokonaniu czynności wyboru stwierdza wadliwość wyboru oferty. Podkreślenia wymaga, że czynność ponownego wyboru, bądź unieważnienia postępowania może być dokonana do czasu zawarcia umowy. Inne działanie, tak jak w niniejszym stanie faktycznym, prowadziłoby do zawarcia nieważnej umowy. W postępowaniach o mniejszej wartości [poniżej progów] podstawą do ponownego dokonania czynności może być – wobec treści art. 181 ust.2 ustawy Pzp – informacja o czynnościach podjętych z naruszeniem ustawy Pzp skierowana do zamawiającego przez innego wykonawcę.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....