

Sygn. akt: KIO 1920/17

POSTANOWIENIE
z dnia 26 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 26 września 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego 14 września 2017 roku przez wykonawcę **Electronic Control Systems S.A. z siedzibą w Balicach**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Daleszyce**,

przy udziale wykonawcy **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Electronic Control Systems S.A. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Daleszyce – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wsparcie gospodarki niskoemisyjnej poprzez modernizację oświetlenia ulicznego ZIT KOF na obszarze Gminy Daleszyce*.

W dniu 14 września 2017 r. wykonawca Electronic Control Systems S.A. (dalej: ECS) wniósł odwołanie wobec zaniechania wezwania go do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego, a w konsekwencji – odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 26 ust. 1 i 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, art. 186 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że pismem z 6 lipca 2017 r. Zamawiający poinformował go o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Wybór ten został zaskarżony w dniu 17 lipca 2017 r. przez wykonawcę FBSerwis S.A., który zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Electronic Control Systems z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, polegającej na niezłączeniu do swojej oferty karty katalogowej, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 9 z dnia 17 maja 2017 r. Z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia powyższego zarzutu FBSerwis S.A. zarzucił również naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego. Wykonawca FBSerwis S.A. wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania czynności odrzucenia oferty ECS S.A. Sformułowano również wniosek alternatywny, na wypadek nieuwzględnienia wniosku wskazanego powyżej, o nakazanie Zamawiającemu wezwania Electronic Control Systems do uzupełnienia karty katalogowej.

Dalej Odwołujący wskazał, pismem z 26 lipca 2017 r. Zamawiający poinformował o uwzględnieniu zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez FBSerwis S.A. i oświadczył, że zobowiązuje się do unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia badania i oceny ofert. Odwołujący, jako wykonawca, który przystąpił wówczas do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, oświadczył w piśmie z 27 lipca 2017 r., że nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów

przedstawionych w odwołaniu. Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie o umorzeniu postępowania.

Odwołujący podał, że pismem z 5 września 2017 r. Zamawiający poinformował go o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty FBSerwis S.A. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający uznał bowiem, że zgodnie z odpowiedzią na pytanie 9 w informacji dla wykonawców nr 4 z 17 maja 2017 r. wymagał, aby wykonawca wraz z ofertą złożył kartę katalogową opisującą dane i parametry systemu sterowania i zarządzania oświetleniem, którego to dokumentu Odwołujący nie dołączył do oferty.

Odwołujący zakwestionował prawidłowość dokonanej czynności badania i oceny ofert i w jej wyniku dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Podniósł, że Zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 1 i 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) oraz przedstawił wywód mający potwierdzać zasadność stawianego zarzutu, wskazując m.in., że karty katalogowe to dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający powinien zatem wezwać wykonawcę do uzupełnienia tego dokumentu.

Odwołujący podniósł, że składając w poprzednim postępowaniu odwoławczym oświadczenie o niewniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, oczekiwał uwzględnienia całości zarzutów, w tym zarzutu braku wezwania do uzupełnienia dokumentów. W ocenie Odwołującego, uwzględnienie zarzutów w całości zobowiązuje Zamawiającego do wykonania – zgłoszonego alternatywnie – żądania wezwania do przedłożenia dokumentów. Konsekwencją braku działania Zamawiającego zgodnie z ustawą Pzp (art. 25 i 26), jest naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego.

Zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 186 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że w poprzednim postępowaniu odwoławczym wykonawca FBSerwis sformułował żądania alternatywne: nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty obecnego Odwołującego, względnie nakazania wezwania do uzupełnienia karty katalogowej. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wskazał wprost, które zarzuty uwzględnił, a posłużenie się zwrotem „uwzględniam zarzuty” winno być co do zasady interpretowane jako uwzględnienie wszystkich zarzutów, tj. zarówno zarzutu zaniechania odrzucenia oferty, jak i zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów. Zdaniem Odwołującego, przy sformułowaniu w odwołaniu alternatywnych żądań, Zamawiający ma wybór co do sposobu spełnienia żądań w jeden z dwóch żądanych sposobów, niemniej jednak

Zamawiający przy dokonywaniu tegoż wyboru nie może naruszyć przepisów ustawy Pzp, a jedynie prawidłowym i oczekiwanym działaniem Zamawiającego było wezwanie Odwołującego do uzupełnienia karty katalogowej. Takie zachowanie Zamawiającego byłoby jednocześnie prawidłowym wykonaniem czynności będących skutkiem uwzględnienia odwołania. W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że w dniu 17 lipca 2017 r. wykonawca FBSerwis S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ECS, pomimo że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż ECS nie dołączył do swojej oferty karty katalogowej opisującej dane i parametry systemu sterowania i zarządzania oświetleniem, mimo że Zamawiający przedstawienia takiej karty katalogowej wraz z ofertą wymagał zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 9 z 17 maja 2017 r., przy czym uzupełnienie ww. karty katalogowej na obecnym etapie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP nie jest możliwe, gdyż procedura uzupełniania dokumentów nie może umożliwić wykonawcy dostarczenia dokumentu, którego przedstawienie było wymagane, a który nie został przedstawiony w terminie składania ofert, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia powyższego zarzutu, FBSerwis zarzucił również naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ECS do uzupełnienia karty katalogowej. Wykonawca FBSerwis wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, odrzucenia oferty ECS, względnie, na wypadek nieuwzględnienia ww. żądania, nakazanie Zamawiającemu wezwania ECS do uzupełnienia karty katalogowej opisującej dane i parametry systemu.

Do postępowania odwoławczego w dniu 21 lipca 2017 r. przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca Electronic Control Systems S.A. W dniu 26 lipca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego zatytułowane „Uwzględnienie odwołania”, w którym zamawiający złożył oświadczenie, że uwzględnia zarzuty przedstawione w odwołaniu i zobowiązuje się do unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia badania i oceny ofert. W dniu 27 lipca 2017 r. wykonawca ECS działając na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp złożył oświadczenie, że nie sprzeciwia się uwzględnieniu przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wniósł o umorzenie postępowania. Postanowieniem z dnia 27 lipca 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, należy stwierdzić, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca

odwołanie, jeżeli stwierdzi, że dotyczy ono czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Ponadto zgodnie z art. 185 ust. 6 ustawy Pzp, odwołujący oraz wykonawca wezwany do udziału w postępowaniu odwoławczym nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo żądaniem zawartym w odwołaniu, którego zarzuty zamawiający uznał w całości.

Normy przywołanych wyżej przepisów ustawy obejmują czynności wykonane przez zamawiającego na skutek wyroku Izby, aby uniemożliwić wystąpienia w obrocie sytuacji ponownego orzekania w tej samej instancji o tym samym, a w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości i umorzenia postępowania odwoławczego przy braku sprzeciwu ze strony przystępującego, odpowiadających żądaniu zawartemu w uwzględnionym przez zamawiającego odwołaniu. Jeżeli czynność stanowi wykonanie orzeczenia Izby lub wykonanie żądań uwzględnionego odwołania, wykonawca nie może jej już zakwestionować przed Izbą. Art. 189 ust. 2 pkt 5 stanowi urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), która ma zapobiegać ponownemu prowadzeniu sporu w tej samej sprawie.

Odwołanie wniesione w tej sprawie podlega odrzuceniu, gdyż dotyczy czynności odrzucenia oferty Odwołującego, czyli czynności, którą Zamawiający dokonał zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu wykonawcy FBSerwis w poprzednim postępowaniu odwoławczym, w którym obecny Odwołujący uczestniczył w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że głównym wnioskiem odwołania FBSerwis było żądanie odrzucenia oferty wykonawcy ECS, który to wykonawca miał możliwość wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, jednak z możliwości tej nie skorzystał.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, jakoby żądania w odwołaniu FBSerwis miały charakter alternatywny, a wyłącznie żądanie wezwania do złożenia karty katalogowej było zgodne z prawem, po pierwsze podkreślić należy, że – wbrew twierdzeniom Odwołującego – żądanie wezwania do uzupełnienia karty katalogowej było żądaniem ewentualnym, sformułowanym wyłącznie z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia żądania głównego, obejmującego odrzucenie oferty ECS. Po drugie – jeżeli w ocenie Odwołującego realizacja żądania głównego prowadziłaby do naruszenia przepisów ustawy, to powinien on – jako Przystępujący w poprzednim postępowaniu odwoławczym – wnieść sprzeciw, co skutkowałoby merytorycznym rozpoznaniem sprawy przez Izbę. Istotą prawa do wniesienia sprzeciwu jest właśnie umożliwienie przystępującym

po stronie zamawiającego obrony przed czynnościami zgodnymi z żądaniem odwołania, ale – w ocenie przystępujących – niezgodnymi z prawem. Skoro wykonawca ECS tego zaniechał, wyraźnie oświadczając, że nie wnosi sprzeciwu, to oczywiste jest, że nie może obecnie korzystać ze środków ochrony prawnej w tym zakresie.

Zamawiający w dniu 20 września 2017 r. złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania. Zauważyć jednak należy, że Izba w pierwszej kolejności zobowiązana jest zbadać, czy odwołanie nie zawiera braków formalnych i uiszczono od niego wpis, następnie zaś stwierdzić czy nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania. Tylko w sytuacji, gdy wypełnione zostały wszystkie warunki formalne, odwołanie należy uznać za skutecznie wniesione. Jedynie w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, jeżeli nie stwierdzono braków formalnych lub zostały one uzupełnione, Izba kieruje sprawę na rozprawę, a Zamawiający może ze skutkiem prawnym uwzględnić zarzuty odwołania (uwzględnienie takie ma charakter merytoryczny w tym znaczeniu, że stanowi ono przyznanie zasadności zarzutów przedstawionych w odwołaniu). W związku z powyższym uwzględnienie przez Zamawiającego zasadności zarzutów zawartych w odwołaniu podlegającym odrzuceniu nie mogło skutkować umorzeniem postępowania odwoławczego.

Wobec powyższego odwołanie podlegało odrzuceniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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 z późn. zm.).

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy Pzp.

Przewodniczący: