

Sygn. akt: KIO 722/17

Sygn. akt: KIO 724/17

POSTANOWIENIE
z dnia 20 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Aneta Mlącka
Izabela Niedziałek-Bujak

po rozpoznaniu w dniu 20 kwietnia 2017 r. w Warszawie na posiedzeniu niejawnym prowadzonym bez udziału stron, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2017 r. przez wykonawców:

- 1) **FlexipowerGroup sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej** ul. Majora Hubala 157 (95 - 054 Wola Zaradzyńska) - sygn. akt: KIO 722/17;
- 2) **Energia Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** ul. Emilii Plater 53, (00 -113 Warszawa) - sygn. akt: KIO 724/17;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gmina Złota ul. Sienkiewicza 79 (28-425 Złota)**

oraz wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. Hymon Energy" Sp. z o.o. ul. Dojazd 16A (33-100 Tarnów) oraz

B. Eltrix W. R. ul. Jaworskiego 5a (05-090 Raszyn)

- w sprawach o sygn. akt: KIO 722/17 i KIO 724/17;

C. Energia Polska S.A. z siedzibą w Warszawie ul. Emilii Plater 53, (00 -113 Warszawa) w sprawie o sygn. akt: KIO 722/17,

postanawia:

1. **Odrzuca odwołania;**

2. Kosztami postępowania obciąża wnoszących odwołanie wykonawców i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

2.1. kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę – FlexipowerGroup sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej tytułem wpisu od odwołania;

2.2. kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę – Energia Polska S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 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 Kielcach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 722/17

Sygn. akt: KIO 724/17

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę Złota, którego przedmiotem są roboty budowlane - „*Budowa mikroinstalacji fotowoltaicznych w Gminie Złota*”, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 stycznia 2017 r., pod nr 11943 -2017 przez wykonawców: FlexipowerGroup sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej - sygn. akt KIO 722/17 oraz Energia Polska S.A. z siedzibą w Warszawie - sygn. akt KIO 724/17.

Sygn. Akt: KIO 722/17

Odwołujący - FlexipowerGroup sp. z o.o. sp.k., kwestionując czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wskazał na następujące okoliczności:

- 1) wybór oferty HYMON Energy sp. z o.o. podjęto z naruszeniem art. 92 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 Pzp ust. 1 pkt 1 i 2 z uwagi na to, że oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z ustawą i SIWZ;
- 2) wybór oferty HYMON Energy sp. z o.o. podjęto z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 z uwagi na zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. 4.2.3 lit b) tiret 5 i 6 SIWZ;
- 3) oferta HYMON Energy sp. z o.o., pozostaje w sprzeczności z pkt. 4.2.3 lit. b) tiret 5 i 6 SIWZ z uwagi na to, że załączone do oferty certyfikaty firmy Kleventa, która jest dystrybutorem, a nie producentem proponowanych w ofercie falowników StecaGrid 4200, StecaGrid 3202, StecaGrid 4003, StecaGrid 5003 oraz StecaGrid 6003 nie są wystawioną przez producenta proponowanych urządzeń autoryzacją lub świadectwem ukończenia szkolenia w zakresie montażu i obsługi inwerterów oraz paneli fotowoltaicznych;
- 4) zaoferowane przez wykonawcę - HYMON Energy sp. z o.o. - urządzenia wskazane w ofercie są niezgodne ze wskazanym w SIWZ opisem przedmiotu zamówienia;
- 5) oferta HYMON Energy sp. z o.o.- pozostaje w sprzeczności z punktem 7.3. SIWZ, niedopuszczającym składanie przez wykonawców oferty wariantowej;
- 6) oferta drugiego z konkurencyjnych wykonawców - ELTRIX W. R. z Raszyna jest nieskonkretyzowana i utraciła zdolność porównywalności, co narusza art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO 724/17

Odwołujący - Energia Polska S.A. kwestionując czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wskazał na następujące okoliczności:

- 1) wybór oferty wykonawcy HYMON Energy sp. z o.o. jest niezgodny z przepisami prawa, albowiem oferta tego wykonawcy podlegać powinna odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność treści oferty z SIWZ oraz z ustawą Pzp;

- 2) wybrana oferta - HYMON Energy sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ, albowiem zawierała kilka różnych rozwiązań technologicznych, z których niektóre nie spełniały wymagań Zamawiającego (była ofertą zawierającą rozwiązania wariantowe zabronione w SIWZ], jak również na skutek udzielanych wyjaśnień była dostosowywana w nieuprawniony sposób do wymagań SIWZ - sprzecznie z art. 87 ustawy Pzp po terminie składania ofert;
- 3) z wykonawcą HYMON Energy sp. z o.o., były prowadzone negocjacje z naruszeniem art. 87 ust.1 ustawy Pzp, które doprowadziły do zmiany treści oferty po dacie jej złożenia;
- 4) wykonawca ELTRIX W. R., został sprzecznie z przepisami prawa wezwany do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, którego oferta na jej niezgodność z treścią SIWZ podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wnieśli przede wszystkim o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zobowiązanie Zamawiającego do odrzucenia oferty HYMON Energy sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie oraz oferty ELTRIX W. R. z Raszyna i powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Informację o wynikach postępowania, w tym o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wynikach oceny ofert Odwołujący otrzymali w dniu 7 kwietnia 2017 r. Wartość zamówienia ustalona została przez Zamawiającego na kwotę 4.686.574,07 zł i nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy. Również wysokość, wymaganego dla robót budowlanych, uiszczonego wpisu – 10.000,00 zł wskazuje na postępowanie o wartości zamówienia nie przekraczającej kwoty wynikające z rozporządzenia z 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 2263 ze zm.).

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zarówno w sprawie o sygn. akt: KIO 722/17 jak i KIO 724/17 zgłosili wykonawcy: HYMON Energy sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie oraz oferty ELTRIX W. R. z Raszyna, a w sprawie o sygn. akt: KIO 722/17 wykonawca Energia Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zarządzeniem z dnia 14 kwietnia 2017 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej zarządził na podstawie art. 189 ust.1 zdanie drugie ustawy – Prawo zamówień publicznych łączne rozpoznanie przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej tych odwołań.

Krajowa Izba Odwoławcza - na posiedzeniu niejawnym prowadzonym bez udziału stron i zgłaszających przystąpienie wykonawców - stwierdziła, iż zachodzi podstawa do odrzucenia odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: Ustawa lub ustawa Pzp), jako dotyczących innych czynności, niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020).

Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp: *„Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (...) 6) wyboru najkorzystniejszej oferty”*. Pozostałe czynności, wobec których przysługuje odwołanie, w postępowaniu poniżej wartości wyznaczającej próg do zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych dotyczą: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę (pkt 1), określenia warunków udziału w postępowaniu (pkt 2), wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia (pkt 3), odrzucenia oferty odwołującego (pkt 4), opisu przedmiotu zamówienia (pkt 5).

Wnoszący odwołanie wykonawcy zakwestionowali, co prawda wybór najkorzystniejszej oferty – wykonawcy HYMON Energy sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, który ich zdaniem dokonany został z naruszeniem art. 91 ust.1 Pzp, jednakże wskazali na zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący - FlexipowerGroup sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej wskazał ponadto w odniesieniu do wybranego wykonawcy na zarzut zaniechania wykluczenia HYMON Energy sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie z naruszeniem art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, a także na wariantowość oferty i zaniechanie odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. Z kolei Odwołujący - Energia Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w odniesieniu do wykonawcy HYMON Energy sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie wskazał na nieuprawnione negocjacje dotyczące zastosowania procedury z art. 87 ust.1 ustawy Pzp. W odwołaniach podniesiono ponadto zarzuty do oferty również konkurencyjnego wykonawcy ELTRIX W. R. z Raszyna, wskazując na zarzut zaniechania z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucenia tej oferty.

Uwzględniając, poszerzony w wyniku nowelizacji Ustawy katalog czynności, wobec których wykonawcy w postępowaniu o mniejszej wartości, przysługuje prawo do wniesienia odwołania Izba uznała, że podniesione w odwołaniach zarzuty dotyczą czynności badania oferty uznanej za najkorzystniejszą oraz drugiej z konkurencyjnych ofert pod kątem oceny jej

zgodności z siwz i warunkami udziału w postępowaniu oraz prowadzonymi wyjaśnieniami, które to czynności powinny odpowiednio powodować odrzucenie oferty wykonawcy HYMON Energy sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie oraz wykonawcy ELTRIX W. R. z Raszyna, a w przypadku wykonawcy HYMON Energy sp. z o.o. także jego wykluczenie z tego postępowania. Faktycznie zatem odwołaniem objęto czynność oceny oferty wybranej pod kątem stwierdzenia przez Zamawiającego braku podstaw do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz drugiej z konkurencyjnych ofert, co miało doprowadzić do ustalenia nieprawidłowego wyniku postępowania. Odwołujący zwrócili uwagę na wykładnię przesłanki z art. 180 ust. 2 pkt 6 Ustawy prezentowaną w orzecznictwie sądowym, w którym przyjmuje się jako zgodne z celem Ustawy rozumienie czynności „wyboru oferty najkorzystniejszej” w kontekście rozdziału 4 Ustawy. Prawidłowa wykładnia przepisu powinna ich zdaniem prowadzić do wniosku, iż odwołaniem mogą być objęte wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami prawa zamówień publicznych wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym również zaniechanie odrzucenia oferty oraz zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Uwzględniając także dotychczas prezentowane stanowisko Izby, jednolite w rozumieniu zakresu czynności wskazanych w art. 180 ust. 2 pkt 6 (przykładowo: postanowienie KIO z dnia 12.04.2017r., sygn. akt KIO 696/17; postanowienie KIO z dnia 27.03.2017r., sygn. akt KIO 529/17, postanowienie KIO z 16.11.2016 r., sygn. akt KIO 2084/16), skład orzekający Izby uznaje, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oznacza wskazanie oferty, która prezentuje najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów pozacenowych, czyli dotyczyć może wyłącznie zgodnego z siwz zastosowania kryteriów oceny ofert, co koresponduje z przepisem art. 91 ust. 1 Ustawy, którego naruszenie nie jest podstawą przedmiotowego odwołania. Mając świadomość istniejącej rozbieżności w stanowisku Sądów Powszechnych (odmienny pogląd niż prezentowany przez Odwołującego wyraził Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 03.01.2017 r, sygn. akt XII Ga 837/17), nie można pomijać istotnych argumentów, jakie płyną z części orzeczeń zgodnych z wykładnią Ustawy, jaką prezentuje Izba. W szczególności, [tak jak przykładowo wskazano w postanowieniu z 12.04.2017 r. sygn. akt KIO 696/17] właściwym jest odwołanie się do ustawowego rozumienia oferty najkorzystniejszej, które odnosi się do zastosowania ustalonych kryteriów oceny ofert, w oderwaniu od przesłanek odrzucenia oferty, czy też wykluczenia wykonawcy z postępowania (przepis ujęty w rozdziale 4 Ustawy). Przyjęcie odmiennego rozumienia czynności „wyboru oferty najkorzystniejszej”, to jest jako wszystkich czynności, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, powodowałoby faktyczne rozszerzenie zakresu możliwych do zaskarżenia czynności, w tym również na ocenę innych

ofert, niż wybrana, które przy prawidłowych ustaleniach powinny być uznane za najkorzystniejsze, a nie zostały odrzucone. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której do wskazania oferty najkorzystniejszej doprowadziłoby np. zaniechanie poprawienia ceny w ofercie innego wykonawcy (obarczonej omyłką rachunkową), co przy jednocześnie prawidłowej weryfikacji oferty uznanej za najkorzystniejszą, miałoby ten skutek, że odwołanie faktycznie dotyczyłoby oceny oferty innego wykonawcy, niż wybranej. W takiej sytuacji Ustawa przewiduje możliwość zaskarżenia wyłącznie czynności odrzucenia lub wykluczenia z postępowania odwołującego, a zatem dotyczy właśnie obszaru zdarzeń, które dotyczą innej oferty niż wybrana. Wskazując dalsze przykłady nie można pominąć konsekwencji błędów, jakie mogą wystąpić w postępowaniu dwuetapowym, w którym każdy błąd zamawiającego popełniony w pierwszej fazie postępowania skutkujący zaproszeniem do złożenia oferty przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, mógłby stanowić podstawę do formułowania zarzutów z powołaniem się na czynność końcową, jaką zasadniczo jest wybór oferty najkorzystniejszej. Powszechnym mogłoby być zatem kwestionowanie ustalenia grona podmiotów zaproszonych do złożenia oferty, która to czynność nie jest wskazana wśród czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 Ustawy, a mogłaby prowadzić do uznania, że wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem przepisów Ustawy i to niezależnie od tego, czy oferta wybrana rzeczywiście była najkorzystniejsza. Zasadniczo, oparty na tej podstawie zarzut mógłby prowadzić do wskazywania także na podstawy do unieważnienia postępowania, chociaż ta czynność również nie jest wymieniona w art. 180 ust. 2 Ustawy. Skoro właściwym miałoby być przyjęcie, iż pod czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej, należałoby rozumieć zaniechanie odrzucenia tej oferty, to również nie byłoby powodów do odmowy przyjęcia, iż kwestionując czynność wyboru oferty najkorzystniejszej można byłoby wskazywać na przesłanki do unieważnienia postępowania, których konsekwencją powinno być unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W świetle powyższego, aby móc przyjąć racjonalność ustawodawcy przy utrzymanym ograniczeniu prawa do wniesienia odwołania w postępowaniu o mniejszej wartości, koniecznym jest odnoszenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, do czynności oceny ofert według ustalonych kryteriów oceny, które po nowelizacji przepisów Ustawy nabierają większego znaczenia z uwagi na wymóg wprowadzenia większej ilości kryteriów i odchodzenia od jedynego kryterium ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Reasumując, należało uznać, że odwołanie nie dotyczy *sensu stricte* czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, o której stanowi punkt 6 art. 180 ust.2 ustawy Pzp, a tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

W sprawie tej na podstawie art. 192 ust.8 ustawy Pzp wydano łączne postanowienie. Zgodnie ze wskazanym przepisem: „*W przypadku, o którym mowa w art. 189 ust.1 zdanie drugie, Izba może wydać łączne orzeczenie w sprawach złożonych odwołań*”. W oparciu o powołany przepis art. 189 ust.1 zdanie drugie Prezes KIO – jak wskazano powyżej - zarządził łączne rozpoznanie przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej przedmiotowych odwołań.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 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 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwoty wpisów wniesionych przez Odwołujących – każdy w wysokości 10.000 zł.

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....