

WYROK

z dnia 12 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 7 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2017 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Envirotech Sp. z o.o. oraz EBG PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Kleczew z siedzibą w Kleczewie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany „DANBUD” B. T. oraz M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. SADEKO M. N. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Kleczewie** zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Envirotech Sp. z o.o. oraz EBG PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Poznaniu i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Envirotech Sp. z o.o. oraz EBG PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;**

- 2) zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Envirotech Sp. z o.o. oraz EBG PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Poznaniu** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: Gminy Kleczew z siedzibą w Kleczewie** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koninie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Kleczew z siedzibą w Kleczewie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Przebudowę i modernizację oczyszczalni ścieków w Budzistawiu Górnym*”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Envirotech Sp. z o.o. oraz EBG PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Poznaniu (zwany dalej „*Odwołującym*”) w dniu 29 sierpnia 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany „DANBUD” B. T. oraz M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. SADEKO M. N. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Kleczewie oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawców, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 82 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność oferty ze specyfikacją.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany „DANBUD” B. T. oraz M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. SADEKO M. N. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Kleczewie, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ww. wykonawców, nakazania Zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania ofert, z wyłączeniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany „DANBUD” B. T. oraz M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. SADEKO M. N. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Kleczewie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika

postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 30 sierpnia 2017 r.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 1 września 2017 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany „DANBUD” B. T. oraz M. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. SADEKO M. N. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Kleczewie.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany „DANBUD” B. T. oraz M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. SADEKO M. N. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Kleczewie (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w Budziszawiu Górnym”.*

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

- Pkt 4.3 SIWZ (Przedmiot zamówienia):

Każdy oferent musi załączyć w ofercie oświadczenie według załącznika nr 12, że dla realizacji przedmiotu zamówienia zastosuje urządzenia i materiały wskazane, podane w dokumentacji projektowej lub, że zastosuje urządzenia i materiały równoważne. Zamawiający wezwie oferenta, który złożył najkorzystniejszą ofertę i który w swej ofercie złożył oświadczenie, iż zamierza zastosować materiały i urządzenia równoważne do złożenia oprócz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, także stosowne dokumenty potwierdzające równoważność przewidzianych do zabudowania urządzeń i materiałów. Na podstawie złożonych dokumentów Zamawiający przy udziale Inspektora Nadzoru dokona oceny równoważności przewidzianych do zastosowania materiałów i urządzeń.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 7-8/.

- Projekt budowlany – tom II – Zamawiający w niniejszym projekcie opisał kryteria równoważności (np. str. 69)

/dokumentacja postępowania: Projekt budowlany, tom II, m. in. str. 69/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu m. in. oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Envirotech Sp. z o.o. oraz EBG PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Poznaniu – 98,14 pkt,
2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany „DANBUD” B. T. oraz M. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. SADEKO M. N. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Kleczewie – 99,95 pkt,

/dokumentacja postępowania: Protokół postępowania o udzielenie zamówienia, pkt 12: Zestawienie ofert, pkt 18 najkorzystniejsza oferta str. 8, str. 11/.

W dniu 24 sierpnia 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany „DANBUD” B., T. oraz M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. SADEKO M. N. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Kleczewie

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 24 sierpnia 2017 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Envirotech Sp. z o.o. oraz EBG PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Poznaniu wnieśli odwołanie w dniu 29 sierpnia 2017 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Envirotech Sp. z o.o. oraz EBG PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Poznaniu z dnia 29 sierpnia 2017 r. /.

Pismem z dnia 7 września 2017 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, oświadczając, że podjął decyzję o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany „DANBUD” B. T. oraz M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. SADEKO M. N. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Kleczewie oraz o przystąpieniu do ponownej oceny i badania ofert złożonych w postępowaniu, z uwzględnieniem oferty ww. wykonawców.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 7 września 2017 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Bezspornym w niniejszej sprawie jest to, że Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty Przystępującego.

Zamawiający – po wniesionym przez wykonawcę odwołaniu – unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, zastrzegając jednocześnie że jest w trakcie badania i oceny ofert i nie podjął jeszcze decyzji co do ewentualnego odrzucenia oferty Przystępującego.

W ocenie Izby, aby rozstrzygnąć spór – w tak zaistniałym stanie faktycznym - należy wziąć pod uwagę następujące przepisy ustawy Pzp:

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie

zamówienia lub zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Ponadto zgodnie z art. 191 ust. 1 ustawy Pzp Przewodniczący składu orzekającego zamyka rozprawę po przeprowadzeniu dowodów i udzieleniu głosu stronom, a także jeżeli Izba uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona. Zgodnie z ust. 2 wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Mając na względzie treść niniejszych przepisów ustawy Pzp należy dojść do następujących wniosków:

Po pierwsze, aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego. Wobec powyższego na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego z dnia 24 sierpnia 2017 r.

Następnie należy również zwrócić uwagę na treść przepisu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem ustawy, Izba wydając orzeczenie – bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie. Zauważenia również wymaga – co jest istotne dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu – że przepisy ustawy nie zobowiązują zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania, co potwierdza – zdaniem Izby - treść przepisu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

Wobec tego, skoro Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu - do czasu zamknięcia rozprawy.

W niniejszej sprawie Zamawiający dokonał unieważnienia czynności – po wniesieniu przez wykonawcę odwołania, t.j. dokonał czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty – czynności stanowiącej zasadniczą podstawę wniesionego w dniu 29 sierpnia 2017 r. środka ochrony prawnej. Tym samym w niniejszej sprawie – czynność stanowiąca podstawę niniejszego odwołania (z dnia 24 sierpnia 2017 r.) – przestała istnieć na moment zamknięcia

rozprawy. Wobec jasno brzmiącej treści przepisu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp należało uznać, że Ustawodawca dopuścił sytuacje, w których stan rzeczy – naruszenia przepisów ustawy na moment zamknięcia rozprawy może różnić się od tego, który istniał w momencie wniesienia odwołania. W rezultacie treść rozstrzygnięcia - która opiera się na stanie rzeczy z chwili zamknięcia rozprawy - może być odmienna od treści rozstrzygnięcia - która opierałaby się jedynie na stanie faktycznym sprawy istniejącym w chwili wniesienia odwołania.

Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, iż rolą Izby jest rozstrzygnięcie na datę zamknięcia rozprawy - zgodnie z art. 191 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Tym samym wobec skarżenia przez wykonawcę czynności wyboru oferty, czynności, która to na moment zamknięcia rozprawy nie istniała – Izba nie ma podstaw prawnych do stwierdzenia naruszenia – wobec okoliczności, że Zamawiający jest w trakcie badania i oceny ofert, mogąc jeszcze dokonać czynności odrzucenia oferty Przystępującego – co przyznał na rozprawie. Nakazanie Zamawiającemu dokonania określonych czynności oraz kwestionowanie przez Izbę przyszłych, hipotetycznych czynności - które nie zaistniały jeszcze w tym postępowaniu - nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby to poza ramy niniejszego postępowania odwoławczego. Niemniej jednak Odwołujący – w przypadku dokonania czynności wezwania Przystępującego w trybie art. 87 ustawy Pzp do wyjaśnień oraz dokonania - w konsekwencji czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty – będzie posiadał instrumenty prawne umożliwiające mu wniesienie odrębnego odwołania na czynności, które będą miały miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, oddalając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. b) 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), Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Przewodniczący:

.....