

Sygn. akt: KIO 3071/20

POSTANOWIENIE
z dnia 8 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **8 grudnia 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23 listopada 2020 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **GLOBALTERM Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie i G. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą G. W. P.H.U. "Ciepło-Wiga",**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Rogów,**

przy udziale wykonawcy **Grupa EKOENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze.**
2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **GLOBALTERM Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie i G. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą G. W. P.H.U. "Ciepło-Wiga"** kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), 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 2019 r., poz. 1843 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Rogów (dalej „**Zamawiający**”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Modernizacja systemu grzewczego w budynku Szkoły Podstawowej w Przyłuku Dużym z wykorzystaniem OZE” („**Postępowanie**”).

W dniu 23 listopada 2020 r. konsorcjum firm: GLOBALTERM Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie i G. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą G. W. P.H.U. "Ciepło-Wiga" (dalej: „**Odwołujący**”) wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie: (i) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, tj. zasady przejrzystego prowadzenia postępowania oraz równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie zastosowania ww. przepisów wobec wykonawcy — Grupa Ekoenergia Sp. z o.o. (dalej „Ekoenergia”), który wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert (Doświadczenie kierownika budowy [Ds] oraz Doświadczenie kierownika robót elektrycznych [De]) — rozdział XVII ust. 2 pkt 3 i 4 SIWZ, a które to informacje miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; (ii) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Ekoenergia, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału kadrowego — rozdział IX ust. 1 pkt 3) ppkt b) tiret pierwszy i drugi SIWZ; a w konsekwencji (iii) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Ekoenergia z postępowania mimo, że wykonawca nie wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale IX ust. 1 pkt 3) ppkt b) tiret pierwszy i drugi SIWZ; co skutkowało (iv) naruszeniem art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) i 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ekoenergia, którego oferta podlegała odrzuceniu z powodu złożenia jej przez wykonawcę który powinien zostać wykluczony oraz który złożył ofertę niespełniającą warunków SIWZ (warunków udziału w postępowaniu - zdolności technicznej lub zawodowej) — rozdział IX ust. 1 pkt 3) ppkt b) tiret pierwszy i drugi; ewentualnie z ostrożności procesowej gdyby Izba na podstawie całokształtu okoliczności faktycznych nie uwzględniła poniższych zarzutów

naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i dokonanie niezgodnie z treścią SIWZ oceny oraz wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Ekoenergia, mimo iż oferta ta nie posiada waloru oferty najkorzystniejszej, natomiast zgodnie z kryteriami oceny ofert i sposobem oceny ofert, określonymi w SIWZ, ofertą najkorzystniejszą jest oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, wykluczenie, a w konsekwencji odrzucenie oferty wykonawcy Ekoenergia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16), 17) i 12) w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5) i ewentualnie pkt 2) ustawy Pzp, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wybór oferty odwołującego jako oferty niepodlegającej wykluczeniu, spełniającej warunki udziału w postępowaniu i najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w SIWZ; ewentualnie z ostrożności procesowej gdyby Izba na podstawie całokształtu okoliczności faktycznych nie uwzględniła powyższych zarzutów unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Ekoenergia jako najkorzystniejszej pod względem wszystkich kryteriów oceny ofert; powtórzenia czynności badania i oceny ofert; wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika za zastępstwo według norm przepisanych.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie w terminie 3 dni od wezwania Zamawiającego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Grupa EKOENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach (dalej „Przystępujący”).

W dniu 4 grudnia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, oświadczając, iż uwzględni zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i pismem z dnia 25 listopada 2020 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. W zakresie pozostałych zarzutów podniesionych przez Odwołującego Zamawiający wskazał, że nie uznaje ich, gdyż są one przedwczesne lub nieuzasadnione. Przystępujący nie złożył sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutu przez Zamawiającego.

Odwołujący, w związku z oświadczeniem złożonym przez Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i unieważnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej oświadczył, iż cofa zarzuty nieuwzględnione przez Zamawiającego.

Wobec uwzględnienia w części zarzutów odwołania oraz wycofania pozostałych zarzutów przez Odwołującego postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3a ustawy Pzp – należało umorzyć.

Izba jednocześnie wskazuje, że po ponownym dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, Odwołującemu będzie przysługiwało prawo wniesienia odwołania na taką czynność Zamawiającego. Izba stoi na stanowisku, że z uwagi na unieważnienia pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego, okoliczności faktyczne podniesione przez Odwołującego w ramach przedmiotowego odwołania mogą stanowić podstawę faktyczną ewentualnego nowego odwołania wykonawcy wobec ponownego wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Z uwagi bowiem na unieważnienie wyboru zarzuty podniesione przez Odwołującego tj. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 oraz zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 nie były przedmiotem merytorycznego rozpoznania przez Izbę. Izba nie weryfikowała okoliczności faktycznych wskazanych przez Odwołującego w treści odwołania. Stąd też zdaniem Izby okoliczności te mogą być skutecznie podniesione przez Odwołującego w ewentualnym nowym odwołaniu wykonawcy w przypadku ponownego wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 1 pkt 2a 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. z 2018 poz. 972 z późn. zm.) jednocześnie orzekając w tym zakresie o konieczności dokonania zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: