

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 21 marca 2017 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**  
**Protokoł.: Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 21 marca 2017 roku w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2017 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: (1) O. Sp. z o.o. (Lider), (2) M.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.P.M. M.D. (Partner), z siedzibą dla Lidera w L.** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **P.P.L.K. S.A. z siedzibą w W..**

przy udziale wykonawcy **T. B. i R. M. Sp. j. z siedzibą w S.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

**1. Odrzuca odwołanie**

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: O. Sp. z o.o. (Lider), M.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.P.M. M.D. (partner), z siedzibą dla Lidera w L.** i:
- a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania
  - b) Zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: O. Sp. z o.o. (Lider), M.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.P.M. M.D. z siedzibą dla Lidera w L.** na rzecz Zamawiającego **P.P.L.K. S.A. z siedzibą w W.** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset

złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w W., Warszawa-Praga**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

W dniu 9 marca 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w W., na podstawie art. 180 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.- dalej zwana „ustawą Pzp”) odwołanie złożyli Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 2): **O. Sp. z o. o. z siedzibą w L. (Lider) oraz M.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.P.M. M.D. z siedzibą w S. (Członek konsorcjum)**, dalej jako „Odwołujący”.

Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa w latach 2017 i 2018 podsypki tłuczniowej naturalnej” prowadzi Zamawiający: P.P.L.K. S.A. z siedzibą w W..

Odwołanie wniesiono od niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania Zamawiającego polegającej na nie odrzuceniu oferty złożonej w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 2 przez Wykonawcę: T. - B. i R. Sp. j. z siedzibą w S. (zwanego dalej T.), która podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz poinformowaniu, iż T. zostanie zaproszony do aukcji elektronicznej, co stanowi naruszenie art. 91 b ustawy Pzp. Zamawiający nie odrzucając oferty T. naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie Wykonawców w zakresie oceny ofert oraz uzupełnień i wyjaśnień, treści ofert dokonanych w trakcie postępowania.

Odwołujący zaznaczył na wstępie, że przytacza wyłącznie nowe okoliczności, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia przed Izłą w sprawie wcześniejszego odwołania dotyczącego przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 3 marca 2017 r. [sygn. akt KIO 336/17] kwestia pozytywnej oceny kopalni Z. nie była przedmiotem rozpatrywania Izby stosowanie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazała, iż posiada interes prawny, ponieważ w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego jedynie oferta Odwołującego spełnia warunki udziału w postępowaniu i tym samym stanowi ofertę najkorzystniejszą, na podstawie czego doszłoby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 187 ust. 2 Pzp od odwołania uiszczony został stosowny wpis, a kopię odwołania - na zasadzie art. 180 ust. 5 Pzp - przekazano Zamawiającemu. Odwołanie nie zawierało braków formalnych.

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

W dniu 13 marca 2017 roku odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **T. - B. i R. Sp. j. z siedzibą w S.** Przystąpienie uznano za skuteczne. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Uczestnika postępowania dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Izba w przedmiotowym zakresie podzieliła argumentację Zamawiającego.

Art. 189 ust. 2 ustawy Pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, zgodnie z art. 189 ust. 4 Pzp.

Zgodnie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp 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 art. 185 ust. 6 Pzp wynika, że 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.

Odwołanie wniesione w tej sprawie podlega odrzuceniu, gdyż dotyczy zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, przywróconej do postępowania wyrokiem Izby z dnia 3 marca 2017 roku czyli czynności, którą Zamawiający dokonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Wspomnianym wyrokiem Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Przystępującego (wówczas jako Odwołującego, kwestionującego własne odrzucenie) i unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba nie nakazała wezwania wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów, zatem zakres posiadanych przez Zamawiającego informacji i dokumentów w toku ponownego badania i oceny ofert nie uległ zmianie.

Izba w orzeczeniu KIO 336/17 jasno wskazała, że czynność odrzucenia oferty firmy T. była nieprawidłowa, oferta ta bowiem spełnia wymogi SIWZ, zaś wykonawca wykazał, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia określone wymogi. Uznano, że

Zamawiający w sposób nieprawidłowy odczytywał wymogi SIWZ, zatem fakt, że jedno z przedstawionych badań laboratoryjnych nie spełnia wymogów SIWZ, nie świadczy o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Wystarczające dla potwierdzenia wymogu było przedstawienie potwierdzenia pozytywnego badania laboratoryjnego dla co najmniej jednej kopalni.

Izba uznała, iż w wyniku wyjaśnień obydwaj wykonawcy skutecznie wyjaśnili i potwierdzili wymaganymi dokumentami zawierającymi oczekiwane wyniki badań laboratoryjnych, że oferowany przedmiot zamówienia będzie zgodny ze specyfikacją i zawartymi w niej wymogami.

Hipoteza normy art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp obejmuje 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, 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 orzekaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej samej sprawie.

Przepisy ustawy Pzp przewidują korzystanie przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej w trybie instancyjnym. Jeżeli czynność zamawiającego stanowi wykonanie orzeczenia Izby, prawidłowość tej czynności może zostać podważona wyłącznie w drodze wniesienia skargi na to orzeczenie do sądu przez któregokolwiek z uczestników postępowania odwoławczego {co wynika z art. 198a ust. 1 Pzp}. Wyłącznie sądowi działającemu jako instancja odwoławcza przysługuje kognicja do orzekania co do istoty sprawy dotyczącej kwestionowania czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z orzeczeniem Izby. Z art. 198f ust. 2 Pzp wynika, że w razie uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie Izby i orzeka co istoty sprawy.

Z tego względu Odwołujący nie jest podmiotem uprawnionym do kwestionowania w drodze wniesienia nowego odwołania dalszych czynności, które Zamawiający podjął w postępowaniu w związku z uwzględnieniem odwołania przez Izbę w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 336/17. Odwołujący był uczestnikiem poprzedniego postępowania odwoławczego, miał możliwość złożenia skargi, jeżeli nie zgadzał się z rozstrzygnięciem Izby. Tym samym więc Zamawiający wykonując uwzględnione odwołanie, postąpił zgodnie z sentencją orzeczenia.

Jednocześnie Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż zostało niesione po upływie terminu określonego w ustawie. W ocenie Izby w poprzednim postępowaniu odwoławczym strona obecnie Odwołująca się nie byłaby w stanie wykazać przesłanek wynikających z art. 179 ustawy Pzp, a więc interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody, bowiem oferta tego wykonawcy uznana była wówczas za najkorzystniejszą.

Co do argumentacji Przystępującego T., iż odwołanie podlega odrzuceniu, ponieważ Odwołujący nie wykazał interesu wymaganego w art. 179 ustawy Pzp, to zauważyć należy, iż przesłanki wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody przez podmiot wnoszący odwołanie stanowią merytoryczne przesłanki rozpoznania odwołania, zatem nie stanowią przesłanek formalnych, do rozpoznania których izba zobowiązana jest w pierwszej kolejności.

Wobec stwierdzenia zajścia przesłanek odrzucenia odwołania, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obowiązkowemu odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp czyli stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 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 zmianami), tj. stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, obciążając Odwołującego tymi kosztami w postaci uiszczonego przez niego wpisu oraz kosztami zastępstwa procesowego strony zamawiającej.

**Przewodniczący:**

.....