

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 9 kwietnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego **9 kwietnia 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **28 marca 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GPEC SERWIS sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie robót budowlanych w przedsięwzięciu pn. „Energooszczędna dystrybucja ciepła w Grudziądzu”* (nr postępowania PN/05/2018)

prowadzonym przez zamawiającego: **OPEC-SYSTEM sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Energa Serwis sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, EKO Energetyka i Ciepłownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, ELEKTROTREMEX sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz GPEC SERWIS sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i Przedsiębiorstwa Specjalistycznego ENERGOTERM sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

## Sygn. akt KIO 538/19

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Toruniu**.

Przewodniczący: .....

## Uzasadnienie

Zamawiający OPEC-SYSTEM sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Wykonanie robót budowlanych w przedsięwzięciu pn. „Energooszczędna dystrybucja ciepła w Grudziądzu”* (nr postępowania PN/05/2018). Ogłoszenie o tym zamówieniu 29 grudnia 2018 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S\_240 pod poz. 578153. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

28 marca 2019 r. Odwołujący GPEC SERWIS sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum GPEC”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od zaniechania wykluczenia z postępowania Energi Serwis sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, EKO Energetyki i Ciepłownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, ELEKTROTREMEXU sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum Energa”} oraz odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Energa pomimo jej niezgodności z SIWZ w wyniku zaproponowania urządzeń zamiennych niespełniających wymogu równoważności dla urządzeń opisanych przez Zamawiającego, gdyż Konsorcjum Energa zaproponowało jako urządzenia zamienne filtry gwintowane firmy Perfexim, zawory kulowe spawalne firmy Broen, zawory kulowe gwintowane firmy Perfexim, manometry firmy Wika oraz odpowietrzniki firmy TACO o parametrach niższych niż parametry urządzeń przewidzianych w SIWZ, niebędące urządzeniami równoważnymi, czyli niezgodne z SIWZ.
2. Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie zwrócenia się o wyjaśnienia w odniesieniu do urządzeń zamiennych wskazanych w dołączonej do oferty „Informacji o urządzeniach równoważnych” w postaci wymienników ciepła wraz z izolacją firmy Secespol w sytuacji, gdy przedłożona informacja nie jest wystarczająca dla stwierdzenia, że urządzenia te są równoważne dla wymienników Danfoss wskazanych w SIWZ, gdyż brak jest informacji

o tym, jakie typy wymienników wskazanych w załączonej karcie katalogowej Konsorcjum Energa zamierza wykorzystać zamiennie w stosunku do których typów wymienników przewidzianych w dokumentacji SIWZ.

3. Art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Energa i uznania jego oferty za odrzuconą pomimo niewykazania wymaganego doświadczenia w postaci wykonania robót budowlanych polegających na budowie sieci ciepłowniczej o długości co najmniej 2.000 mb w ramach jednego zamówienia, ewentualnie poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Energa do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu, pomimo tego, że: po pierwsze – w realizacji zamówienia MPEC Kwidzyn sp. z o.o. udział Elektrotermex sp. z o.o. polegał na dostawie i montażu węzłów, a nie budowie sieci ciepłowniczej; po drugie – dla zamówienia MPEC Kwidzyn sp. z o.o. Elektrotermex sp. z o.o. długość sieci ciepłowniczej wynosiła 1859,9 m, czyli poniżej 2.000 mb (pozostała długość obejmuje przyłącza ciepłownicze); po trzecie – przedstawione przez Konsorcjum Energa pozostałe oświadczenia i referencje dotyczą wykonania robót polegających na przebudowie istniejących sieci ciepłowniczych i przyłączy, a nie budowy nowych sieci i przyłączy.
4. Art. 89 ust. 1 pkt 7b – przez zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Energa pomimo wniesienia przez nie wadium w sposób wadliwy – złożenia gwarancji bankowej niepokrywającej w całym zakresie przypadków zatrzymania wadium określonych ustawą pzp, gdyż gwarancja bankowa została wystawiona wyłącznie na lidera Konsorcjum ENERGE SERWIS sp. z o.o. i obejmuje tylko czynności zdziałane błędnie z przyczyn leżących po stronie tej spółki, a nie przyczyn leżących po stronie innych członków konsorcjum, za które lider ponosi solidarną odpowiedzialność.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Ponownego badania i oceny ofert oraz wykluczenia oferty Konsorcjum Energa z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia oraz uznania oferty tego Wykonawcy za odrzuconą.

{ewentualnie:}

2. Ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Konsorcjum Energa jako niezgodnej z SIWZ z powodu zaoferowania urzędzeń nierównoważnych i/lub niezawierającej prawidłowo wniesionego wadium.

{ewentualnie:}

3. Ponownego badania i oceny ofert i wezwania Konsorcjum Energa do złożenia

dodatkowych wyjaśnień w zakresie robót wykazanych na spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia oraz w zakresie proponowanych urządzeń zamiennych wskazanych załączniku nr 2 do oferty.

Ponadto w odwołaniu sprecyzowano powyższe zarzuty przez podanie okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

1 kwietnia 2019 r. r. do Prezesa Izby wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Konsorcjum Energa przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania tego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp), Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

3 kwietnia 2019 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględni część zarzutów odwołania, tj. „uwzględni kwestię wskazaną przez Odwołującego dotyczącą zarówno spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonym w punkcie 8.1.2.2.1 SIWZ, jak również kwestię urządzeń równoważnych” i „powtórzy czynność badania i oceny ofert”. Natomiast nie uwzględni zarzutu dotyczącego gwarancji wadialnej.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego Zamawiający doprecyzował, że zamierza uczynić zadość żądaniu z pkt 3 listy żądań.

8 kwietnia 2019 r. wpłynęło do Izby pismo Odwołującego, w którym oświadczył, że wycofuje nieuwzględniony przez Zamawiającego zarzut odwołania dotyczący gwarancji wadialnej oraz wnosi o umorzenie postępowania na podstawie art. 186 ust. 3a pzp i zwrot wpisu.

9 kwietnia 2019 r. Przystępujący oświadczył do protokołu, że nie wnosi sprzeciwu co do czynności Zamawiającego.

**W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:**

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego, względnie

uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów i cofnięcia pozostałych zarzutów przez odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania (chyba że uwzględnieniu w całości lub części zarzutów sprzeciwi się przystępujący po stronie zamawiającego).

Zgodnie z art. 186 ust. 3a ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W ocenie Izby w tej sprawie zaistniała sytuacja odpowiadająca hipotezie przywołanego przepisu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Natomiast Odwołujący wycofał odwołanie w pozostałym zakresie. Podkreślić w tej sprawie należy, że pomimo stanowczego brzmienia niewycofanych zarzutów odwołania, skorelowane z nimi zostały alternatywne żądania, w tym dopuszczające powtórzenie badania oferty Konsorcjum z uwzględnieniem wezwania go przez Zamawiającego do wyjaśnień odnośnie kwestii objętych tymi zarzutami odwołania, czyli spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz równoważności zaoferowanych urządzeń względem opisanych w s.i.w.z. Tym samym *de facto* Odwołujący dopuścił możliwość, że uwzględnienie tych zarzutów będzie polegać na dokonaniu nowej czynności, od której rezultatu zależeć będzie ustalenie, czy Przystępujący spełnił warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta jest zgodna z treścią s.i.w.z.

Wobec powyższego, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3a w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Przystępującego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ zarówno uwzględnienie części zarzutów odwołania, jak i wycofanie odwołania w pozostałym zakresie nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania

**Sygn. akt KIO 538/19**

wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....