

WYROK

z dnia 11 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2013 r. przez **Condite Sp. z o. o. S.K.A, 25-510 Kielce, ul. Piotrkowska 12** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach, 25-369 Kielce, ul. Żeromskiego 5**

przy udziale:

- A. wykonawcy: ERBUD S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.....
B..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „ANNA-BUD”, Bilcza, 26-026 Morawica, ul. Marmurowa 60 oraz MAXTO Sp. z o.o. S.K.A., 31-421 Kraków, ul. Reduta 51,

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Condite Sp. z o. o. S.K.A, 25-510 Kielce, ul. Piotrkowska 12** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Condite Sp. z o. o. S.K.A, 25-510 Kielce, ul. Piotrkowska 12** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Condite Sp. z o. o. S.K.A, 25-510 Kielce, ul. Piotrkowska 12** na rzecz **Uniwersytetu Jana Kochanowskiego w Kielcach, 25-369 Kielce, ul. Żeromskiego 5** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące

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

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na zamówienie pn. *„Wykonanie w systemie „Zaprojektuj i Wybuduj”: dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim oraz budową obiektu naukowo-dydaktycznego UJK przy Al. IX Wieków Kielc 19 w Kielcach*”, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2012/S 205-337045, spółka Condite Sp. z o.o. (dalej „Condite”) w dniu 28 marca 2013 roku wniosła odwołanie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez zamawiającego oraz archiwalnych akt spraw rozpoznawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą (sprawy o sygn. akt: KIO 213/13, KIO 214/13 i 216/13) skład orzekający Izby ustalił, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały uprzednio złożone trzy inne odwołania. Odwołania zostały złożone wobec czynności zamawiającego z dnia 21 stycznia 2013 roku polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty Condite.

W dniu 31 stycznia 2013 roku odwołania złożyli bowiem:

1. Eiffage Budownictwo Mitex S.A. – postępowanie odwoławcze o sygn. akt 213/13,
2. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A..... B..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Anna-Bud” oraz Maxto Sp. z o.o. S.K.A. (dalej „Anna-Bud oraz Maxto”) – postępowanie odwoławcze o sygn. akt 214/13,
3. Erbud S.A. – postępowanie odwoławcze o sygn. akt 216/13.

Wykonawca Eiffage Budownictwo Mitex S.A. w złożonym odwołaniu zarzucił zamawiającemu, obok bezpodstawnego odrzucenia złożonej przez siebie oferty, to, że oferta uznana za najkorzystniejszą (wówczas oferta Condite) *„podlega odrzuceniu”* (str. 3 odwołania), ponieważ jest *„niezgodna z treścią postanowień SIWZ ze względu na niewłaściwą ilość zaoferowanych stołów i stołków laboratoryjnych dla pracowni patomorfologii, brak kompletu akcesoriów do projektora interaktywnego oraz funkcji sterowania z pulpitu i pilota dla sal wykładowych i ćwiczeniowych oraz niewłaściwą ilość zaoferowanych kamer”* (str. 4 odwołania). Szczegółowe uzasadnienie podstaw odrzucenia oferty Condite zostało zawarte na stronach 16–18 odwołania. Na stronie 16 wykonawca

Eiffage Budownictwo Mitex S.A. wskazał: *„oferta wykonawcy Condite S.A. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych”*.

Wykonawcy Anna-Bud oraz Maxto w złożonym odwołaniu zarzucili zamawiającemu, obok bezpodstawnego odrzucenia złożonej przez siebie oferty, zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty Condite (pkt 2, str. 1 odwołania), czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (pkt 2, str. 2 odwołania). Żądał m.in. nakazania zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania ofert – swojej i Condite, a w konsekwencji odrzucenia oferty Condite (pkt 3, str. 2 odwołania). Szczegółowe uzasadnienie podstaw odrzucenia oferty Condite zostało zawarte w części odwołania oznaczonej *„IV.D Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Condite z uwagi na brak specyfikacji technicznej”*, *„IV.E Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Condite z uwagi na niezachowanie wyposażenia stałego”* oraz *„IV.F Argumentacja prawna dotycząca zarzutów zaniechania odrzucenia oferty Condite”*.

Wykonawca Erbud S.A. złożył odwołanie m.in. wobec zaniechania przez zamawiającego *„czynności odrzucenia oferty Condite”* (pkt I lit. d, str. 2 odwołania), zarzucając m.in. *„naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Condite jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”* oraz *„naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Condite jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów”* (pkt II lit. d i lit. e, str. 3 odwołania). Żądał m.in. *„odrzucenia oferty Condite”* (pkt III lit. d, str. 3 odwołania). Szczegółowe uzasadnienie podstaw odrzucenia oferty Condite zostało zawarte na stronach 7–10 odwołania).

Postanowieniem z dnia 15 lutego 2013 roku Izba umorzyła postępowania odwoławcze w sprawach o sygn. akt KIO 213/13 oraz KIO 216/13 ze względu na uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w obu odwołaniach w sytuacji, gdy Izba stwierdziła nieskuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego dokonanego przez Condite i równocześnie nieskuteczność zgłoszonych przez Condite sprzeciwów. Na postanowienie to nie wniesiono skargi.

Odwołanie Anna-Bud oraz Maxto, ze względu na skuteczne wniesienie sprzeciwu przez przystępującego Eiffage Budownictwo Mitex SA, zostało rozpoznane na rozprawie (wyrok z dnia 15 lutego 2013 roku sygn. akt KIO 216/13).

Izba ustaliła także, że pismem z dnia 18 marca 2013 roku zamawiający poinformował wykonawcę Condite o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, uznając za taką ofertę,

ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Anna-Bud oraz Maxto. W piśmie tym – w ramach informacji o odrzuceniu oferty Condite – zamawiający w uzasadnieniu prawnym podał także: „z powodu wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2”.

W dniu 27 marca 2013 roku Condite wniósł, rozpoznawane obecnie przez Izbę, odwołanie wobec:

1. odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Pzp, tj. z powodu nieważności tej oferty na podstawie odrębnych przepisów,
2. wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp,
3. zaniechania wezwania go do złożenia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących jego oferty,
4. wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Anna-Bud oraz Maxto,

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, polegające na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Condite, pomimo że nie jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów,
2. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, polegające na wykluczeniu Condite z postępowania, pomimo że przedłużył do dnia 16 kwietnia 2013 roku termin związania ofertą oraz wniósł wadium na przedłużony termin związania ofertą,
3. art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu sporządzenia prawidłowego uzasadnienia faktycznego i prawnego przyczyn odrzucenia oferty Condite,
4. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (w odwołaniu omyłkowo wskazano art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, co Condite potwierdził na rozprawie), polegające na zaniechaniu wezwania Condite do przedstawienia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty, mimo że w razie powzięcia wątpliwości co do treści oferty, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do przedłożenia takich wyjaśnień,
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez brak wezwania Condite do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (w odwołaniu omyłkowo wskazano art. 89 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, co Condite potwierdził na rozprawie) dotyczących treści złożonej przez niego oferty w sytuacji, gdy zamawiający dokonał takiego wezwania w stosunku do pozostałych wykonawców.

Condite wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Condite oraz czynności wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. wezwania Condite do przedstawienia, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień do złożonej przez niego oferty,
4. ponownego badania oraz oceny ofert złożonych w postępowaniu, a w konsekwencji wybór, jako najkorzystniejszej, oferty Condite.

Uzasadnienie podniesionych zarzutów zostało zawarte na stronach 4-5 odwołania.

Izba ustaliła ponadto, że pismem z dnia 28 marca 2013 roku zamawiający poinformował wykonawców o poprawieniu podstawy prawnej wyeliminowania oferty Condite w stosunku do podstawy wskazanej w piśmie z dnia 18 marca 2013 roku, tj. usunął wskazany uprzednio art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Przystępujący Anna-Bud oraz Maxto na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 oraz art. 185 ust. 6 ustawy Pzp (*W Piśmie przystępującego* z dnia 5 kwietnia 2013 roku), Erbud S.A. na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 (*W piśmie Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego* z dnia 2 kwietnia 2013 roku) , a także zamawiający (w piśmie z dnia 4 kwietnia 2013 roku – DP/2310/62/12) wnosili o odrzucenie odwołania Condite.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie – odnosząc się do zaprezentowanej w piśmie zamawiającego z dnia 9 kwietnia 2013 roku (DP/2310/62/12), argumentacji w zakresie zgłoszonej opozycji przeciw przystąpieniu po stronie zamawiającego wykonawcy Erbud S.A. – Izba wskazuje, że odmowa skorzystania przez wykonawcę z prawa przystąpienia do postępowania odwoławczego nie może być wiązana z brakiem interesu prawnego wynikającym – zdaniem zamawiającego – z faktu, iż cena oferty przystępującego wykonawcy znacznie przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Podejście takie nie znajduje oparcia w przepisie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, który posługuje się innym „wyznacznikiem” dopuszczalności przystąpienia, tj. interesem w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Odnosząc się natomiast do zaprezentowanej przez odwołującego na posiedzeniu argumentacji dotyczącej zgłoszonej opozycji przeciw przystąpieniu po stronie

zamawiającego wykonawcy Erbud S.A. („poprzez zgłoszone przystąpienie wykonawca ten zmierza do utrzymania wyboru oferty konsorcjum ANNA-BUD MAXTO, a upatrywanie tego interesu w prowadzeniu przez zamawiającego postępowania w sposób prawidłowy nie jest wystarczające” – str. 3 protokołu posiedzenia i rozprawy) Izba wskazuje, że przepis art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie zawęża pojęcia interesu, czy to do interesu prawnego, czy też do interesu w uzyskaniu zamówienia, a zatem należy go interpretować szeroko. Interes ten może polegać w szczególności na oczekiwaniu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym przystępujący uczestniczy w sposób prawidłowy, zgodnie z przepisami ustawy. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 9 listopada 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2313/10 (przywołane przez przystępującego Erbud S.A. na posiedzeniu), zgodnie z którym: „W art. 185 ust. 2 ustawy Pzp mówi się o interesie w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Chodzi więc w tym przypadku o jakakolwiek korzyść, jakieś dobro dla wykonawcy, które uzyska, jeśli strona, do której przystępuje wygra postępowanie odwoławcze. Jeśli więc przystępujący wykonawca zgłasza przystąpienie po stronie zamawiającego oczekuje, że odwołanie zostanie oddalone, a on sam pozyska z tego tytułu jakiś pożytek. W niniejszej sprawie wymiernym pożytkiem dla wykonawcy X jest pozyskanie przez niego zamówienia, zaś w przypadku drugiego z wykonawców –Y– mamy do czynienia z pożytkiem wyrażającym się w tym choćby, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którym uczestniczył, będzie prowadzone w sposób prawidłowy, zgodny z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp. Można także wskazać tu na inne wymierne dobro pozyskiwane przez wykonawcę Y (...). Mianowicie wykonawca ten miałby szanse realizacji zamówienia, w sytuacji gdyby wybrany w postępowaniu wykonawca odmówił z jakiś powodów podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 94 ust. 3 ustawy Pzp)”.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że z poczynionych powyżej ustaleń wynika, że we wszystkich odwołaniach (sprawa o sygn. akt KIO 213/13, KIO 214/13, KIO 216/13) zarzucono zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Condite na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w odwołaniu wykonawcy Erbud S.A. podniesiono także zarzut zaniechania odrzucenia oferty Condite jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów – art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Oczekiwaniem (żądaniem) wszystkich odwołujących było nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Condite.

Nieskuteczne zgłoszenie przystąpienia, przesądzające o nieskuteczności sprzeciwu Condite oznacza, że sprzeciw nie został wniesiony. Obligowało to zamawiającego, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, do wykonania czynności zaniechanej, tj. odrzucenia oferty Condite na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z przyczyn wskazanych w odwołaniach Eiffage Budownictwo Mitex S.A. oraz Erbud S.A.

Obowiązek ten zamawiający częściowo wykonał, odrzucając ofertę Condite – pismem z dnia 18 marca 2013 roku, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Obowiązkiem Izby jest zbadanie z urzędu istnienia albo braku podstaw do odrzucenia odwołania.

W przedmiotowej sprawie Izba stwierdziła, że odwołanie Condite dotyczy m.in. czynności odrzucenia oferty Condite z powodu jej nieważności na podstawie odrębnych przepisów w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, tj. czynności której zaniechanie uprzednio zarzucił zamawiającemu wykonawca Erbud S.A. i którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu tego wykonawcy, w następstwie uwzględnienia zarzutów zawartych w tym odwołaniu, o czym zamawiający poinformował Condite pismem z dnia 18 marca 2013 roku.

Wobec faktu, że odwołujący Condite w dniu 28 marca 2013 roku złożył odwołanie nie tylko wobec odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, ale podniósł inne jeszcze zarzuty, Izba nie odrzuciła tego odwołania, jednak uznała, że przeszkodą w rozpoznaniu zarzutu odrzucenia oferty odwołującego Condite na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jest przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp w części dotyczącej wykonania przez zamawiającego czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, a także przepis art. 185 ust. 6 ustawy Pzp w części dotyczącej następcej niedopuszczalności korzystania przez wykonawcę wezwanego do przystąpienia do postępowania odwoławczego ze środków ochrony prawnej.

Nie do zaakceptowania w ocenie składu orzekającego Izby byłoby różnicowanie rozpoznania przez Izbę zarzutu w zależności od tego, czy zarzut, odnoszący się do czynności wykonanej zgodnie z żądaniem zawartym w uprzednio złożonym odwołaniu, wyczerpuje kolejne odwołanie (jeden zarzut w odwołaniu), co skutkowałoby, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, odrzuceniem takiego odwołania („całego” odwołania), czy też zarzut, odnoszący się do czynności wykonanej zgodnie z żądaniem zawartym w uprzednio złożonym odwołaniu, stanowi jedynie jeden z kilku zarzutów kolejnego odwołania. Wskazać także należy, że w istocie stanowiłoby to przywrócenie dla Condite – w ramach odwołania złożonego w dniu 28 marca 2013 roku, terminu na kwestionowanie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Condite podniesionego w odwołaniu złożonym przez Erbud S.A. w dniu 31 stycznia 2013 roku

Z tych względów Izba nie mogła rozpoznać zarzutu odrzucenia oferty odwołującego Condite na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Ze względu na wniosek samego odwołującego Condite o nie rozpoznawanie – z uwagi na bezprzedmiotowość, zarzutu wykluczenia Condite na podstawie art. 24 ust. 2

pkt 2 ustawy Pzp, Izba pozostawiła także ten zarzut bez rozpoznania. Wniosek odwołujący Condite złożył na posiedzeniu, po potwierdzeniu przez zamawiającego, że podstawą wyeliminowania oferty odwołującego z udziału w postępowaniu było wyłącznie jej odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Obowiązkiem Izby było także zbadanie istnienia po stronie odwołującego Condite interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W tym zakresie Izba nie mogła pominąć okoliczności związanych z przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, tj. tego, że odrzucenie oferty Condite na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zostało przed wniesieniem przez niego odwołania przesądzone, poprzez wykonanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty Condite w konsekwencji uwzględnienia odwołania wykonawcy Erbud S.A. przy braku sprzeciwu Condite oraz nie wniesienie na postanowienie Izby z dnia 15 lutego 2013 roku w sprawach o sygn. akt KIO 213/13 i 216/13 skargi.

Jest to istotne, ponieważ przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wiąże możliwość korzystania z odwołania z ochroną interesu wykonawcy, który to interes realizuje się poprzez będącą następstwem wniesienia odwołania możliwość uzyskania zamówienia. Skoro odrzucenie oferty odwołującego w okolicznościach niniejszej sprawy nie może już zostać podważone, to stwierdzić należy, że ewentualne uwzględnienie przez Izbę pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu nie dałoby odwołującemu Condite szansy na uzyskanie zamówienia i związanych z uzyskaniem tego zamówienia korzyści. Przesądza to o braku po stronie Condite interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponieważ istnienie po stronie odwołującego interesu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp stanowi materialnoprawną przesłankę rozpoznania odwołania, stwierdzenie braku tego interesu przesądza tym samym o pozostawieniu odwołania bez rozpoznania – w okolicznościach niniejszej sprawy: odwołania w zakresie zarzutów innych niż dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 oraz 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 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).

Przewodniczący: