

## **POSTANOWIENIE**

z dnia 10 listopada 2020 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 10 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2020 r. przez wykonawcę **JFC Polska Sp. z o.o., ul. Białostocka 1, 05-252 Karpin** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Myszyniec, Plac Wolności 60, 07-430 Myszyniec**

przy udziale wykonawcy **T. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Europol-Pol T. M. , ul. Dobrzańskiego 19/6, 07-410 Ostrołęka**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **umarza postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **JFC Polska Sp. z o.o., ul. Białostocka 1, 05-252 Karpin** kwoty **9 000 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu,
3. zasądza od wykonawcy **JFC Polska Sp. z o.o., ul. Białostocka 1, 05-252 Karpin** na rzecz **Gminy Myszyniec, Plac Wolności 60, 07-430 Myszyniec** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: **trzy tysiące sześćset złotych zero groszy**) stanowiącą koszty postępowanie 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 2019 poz. 1843) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Ostrołęce.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W odniesieniu do części I postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Myszyniec, ul. Plac Wolności 60,07-430 Myszyniec (dalej „zamawiający”) na „Wykonanie robót budowlanych w ramach operacji „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej poza aglomeracją Myszyniec” oraz zadania „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej w aglomeracji Myszyniec” z podziałem na części I, II” wykonawca JFC POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Białostocka 1, 05-252 Karpin (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

- odrzucenia oferty odwołującego,
- wezwania do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów z 05.10.2020 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) [dalej „ustawy Pzp”],
- uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego,
- zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostałych w związku z art. 7 przepisów ustawy Pzp, tj.

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na niezgodność oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) ze względu na niespełnienie wymogu określonego w odpowiedzi na pytanie nr 3 z 27.08.2020 r. („zbiornik oczyszczalni musi być wykonany w konstrukcji minimum dwu płaszczyznowej”), poprzez:
  - zaoferowanie zbiorników oczyszczalni, które zostaną dopiero wyprodukowane i jako takie nie mogły przejść wymaganych badań na zgodność z normą PN EN 12566-3+A2:2013 lub równoważną, podczas gdy odwołujący zaoferował oczyszczalnie (w tym zbiorniki oczyszczalni) od dawna wprowadzone na rynek i przebadane na zgodność z normą PN EN 12566-3+A2:2013 lub równoważną na potwierdzenie czego załączył do oferty raporty z badań (w powyższym zakresie zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do przedstawienia wyjaśnień w zakresie

potwierdzenia, czy zaoferowane zbiorniki oczyszczalni stanowią produkt, który został uprzednio przebadany na zgodność z normą PN EN 12566-3+A2:2013 lub równoważną i został wprowadzony na rynek),

- zaoferowanie zbiorników oczyszczalni, których ścianka dwuwarstwowa tworzy jeden płaszcz, podczas gdy w odpowiedzi na pytanie nr 3 z 27.08.2020 r. ani w innych postanowieniach SIWZ zamawiający nie sprecyzował co rozumie przez pojęcie „konstrukcji minimum dwupłaszczowej”, natomiast odwołujący w ramach swojej oferty zaoferował zbiorniki oczyszczalni dwupłaszczowe, co potwierdza m.in. w oświadczeniu producenta z 09.10.2020 r.,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ ze względu na niespełnienie postanowienia rozdziału II pkt 2.1 SIWZ, tj. „Zastosowane przydomowe oczyszczalnie ścieków mają mieć możliwość rozbudowy po zakończeniu okresu trwałości operacji pn. „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej poza aglomeracją Myszyniec” o stopień strącania chemicznego fosforu zgodnie z normą PN-EN 12566-7:2013.”, poprzez złożenie przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z 12.10.2020 r. oświadczenia producenta sterowników - firmy Automatic System Control, o możliwości rozbudowy proponowanych oczyszczalni ścieków o dodatkowe moduły, w tym moduł pompy dozującej koagulant (pix) do chemicznego strącania fosforu wraz z instrukcją obsługi oraz deklaracją CE, które zdaniem zamawiającego nie jest dokumentem, na podstawie którego można stwierdzić (przy nieprzedstawieniu deklaracji własności użytkowych wyrobu potwierdzającej zgodność z normą EN 12566-7:2013) zgodności zaoferowanej oczyszczalni z postanowieniem rozdziału II pkt 2.1 SIWZ podczas, gdy ww. oświadczenie producenta sterowników – firmy Automatic System Control wraz z instrukcją obsługi oraz deklaracją CE jak również Specyfikacją techniczną oczyszczalni SC5 i SC12 potwierdzają możliwość rozbudowy oferowanych oczyszczalni o stopień strącania chemicznego fosforu zgodnie z normą PN-EN 12566-7:2013., a ponadto w wezwaniu z 16.09.2020 r. zobowiązał odwołującego do złożenia dokumentu (nie konkretyzując, że chodzi o deklarację właściwości użytkowych) potwierdzającego możliwość rozbudowy oczyszczalni po zakończeniu okresu trwałości operacji pn. „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej poza aglomeracją Myszyniec” o stopień strącania chemicznego fosforu zgodnie z normą PN-EN 12566-7:2013, przez co odwołujący, składając oświadczenia producenta sterowników – firmy Automatic System Control (oraz pozostałych ww. dokumentów) uczynił zadość wykazaniu zgodności zaoferowanej oczyszczalni z postanowieniem

rozdziału II pkt 2.1 SIWZ (należy również wskazać, że oświadczenia producenta sterowników stanowi w swojej istocie oświadczenie wiedzy producenta oczyszczalni wystarczające do potwierdzenia zgodności zaoferowanej oczyszczalni z postanowieniem rozdziału II pkt 2.1 SIWZ, a wymaganie wykazania spełnienia ww. postanowienia SIWZ na podstawie deklaracji właściwości użytkowych stanowi jedynie wymóg formalny, który nie powinien prowadzić do odrzucenia oferty odwołującego),

3. ewentualne art. 26 ust. 3, poprzez sporządzenie w sposób wadliwy wezwania do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów z 05.10.2020 r. polegające na zobowiązaniu odwołującego do złożenia na wykazanie zgodności zaoferowanej oczyszczalni z postanowieniem rozdziału II pkt 2.1 SIWZ deklaracji właściwości użytkowych wyrobu zgodnie z normą EN 12566-7:2013, podczas gdy po w pierwotnym wezwaniu z 16.09.2020 r. zamawiający wymagał złożenie przez odwołującego: „dokument potwierdzający możliwość rozbudowy oczyszczalni po zakończeniu okresu trwałości operacji pn. „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej poza aglomeracją Myszyniec” o stopień strącania chemicznego fosforu zgodnie z normą PN-EN 12566-7:2013”, co wskazuje, że w wezwaniu z 05.10.2020 r. zamawiający wzywał po raz pierwszy o inny dokument, niż dokument potwierdzający możliwość rozbudowy oczyszczalni po zakończeniu okresu trwałości operacji pn. „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej poza aglomeracją Myszyniec” o stopień strącania chemicznego fosforu zgodnie z normą PN-EN 12566-7:2013”, o którym mowa w wezwaniu z 16.09.2020 r.,
4. art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty odwołującego w sposób nieprzejrzysty i nieodnoszący się do wszystkich okoliczności mających miejsce w sprawie,
5. art. 91 ust. 1, poprzez zaniechanie dokonania czynności polegającej na wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, spośród ofert złożonych w postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego ze względu na jej niezgodność z postanowieniami SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

2. dokonania ponownego zbadania i oceny oferty odwołującego,
3. ewentualnie dokonania wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub przedstawienia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp, w szczególności ponowne wezwanie odwołującego do przedstawienia deklaracji właściwości użytkowych potwierdzającej możliwość rozbudowy oczyszczalni po zakończeniu okresu trwałości operacji pn. „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej poza aglomeracją Myszyniec” o stopień strącania chemicznego fosforu zgodnie z normą PN-EN 12566-7:2013”,
4. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnego badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 9 listopada 2020 r. odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie.

Ze względu na fakt, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Dlatego też postanowiono jak w sentencji.

Uwzględniając art. 187 ust. 8 zdanie 2 ustawy Pzp skład orzekający Izby postanowił zwrócić na rzecz odwołującego 90 % kwoty uiszczonego wpisu oraz § 5 ust. 1 pkt 3) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:** .....