

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

1

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:

.....

2

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 Izbą 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.

3

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 wnosili 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 z 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

4

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 któregośkolwiek 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.

5

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:

.....