

WYROK

z dnia 11 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie **8 sierpnia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **25 lipca 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **I. E. sp. z o.o. z siedzibą w W.**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wariantowa analiza sposobu udrożnienia budowli piętrzących na ciekach w obszarze RZGW w K.*(nr postępowania (...))

prowadzonym przez zamawiającego: **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w K.**

przy udziale wykonawcy: **I. O. sp. z o.o. z siedzibą w K.** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu Regionalnemu Zarządowi Gospodarki Wodnej w K.: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty bez uwzględniania odrzuconej uprzednio oferty Instytutu O. sp. z o.o. z siedzibą w K..**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego I. E. sp. z o.o. z siedzibą w W.**
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w K. na rzecz I. E. sp. z o.o. z siedzibą w W. kwotę 11100 zł 00 gr (słownie:**

jedenastcie tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w K. prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Wariantowa analiza sposobu udroźnienia budowli piętrzących na ciekach w obszarze RZGW w K.*(nr postępowania 423/ZG/2017/AJ).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 19 maja 2017 r., pod nr (...). Zamawiający opracował specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

20 lipca 2017 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu I. E. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „I. E.”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez I.O. sp. z o.o. z siedzibą w K.{dalej również: „I. O.”}.

25 lipca 2017 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego oraz zaniechania czynności względem tej oferty.

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

1. Art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez I. O., pomimo że oferta ta uprzednio została odrzucona przez Zamawiającego jako niezgodna z treścią SIWZ, a I. O. nie kwestionował tej czynności Zamawiającego, a okoliczności faktyczne i prawne skutkujące koniecznością odrzucenia oferty I. O. nie uległy zmianie.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 7a i 8 w zw. art. 85 ust. 2 – przez dokonanie wyboru oferty Instytutu O., pomimo że upłynął termin związania ofertą tego wykonawcy.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty O., pomimo że jest ona niezgodna z treścią SIWZ w zakresie określonym w pkt XIX 1.2 SIWZ oraz XIX 1.4 SIWZ.

{ewentualnie:}

4. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 – przez przyznanie ofercie I. O.10 punktów w ramach

kryteriów „Doświadczenie kierownika projektu” oraz „Doświadczenie specjalisty ds. wód powierzchniowych”, podczas gdy O. powinien otrzymać w ramach powyższych kryteriów 0 pkt, w związku z czym to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

5. Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 1b pkt 3 – przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Instytutu O., pomimo że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt IV 3.3.2) lit. a), c) oraz d) SIWZ, a także warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt IV 3.3.1) SIWZ.
6. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy pzp).

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Dokonania powtórnego badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego i bez udziału oferty Instytutu O..
3. {albo;} Dokonania powtórnego badania i oceny ofert i wykluczenia O. z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.
4. {ewentualnie;} Przyznania ofercie I. O. 0 pkt w kryteriach „Doświadczenie kierownika projektu” oraz „Doświadczenie specjalisty ds. wód powierzchniowych”.
5. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące dotychczasowego przebiegu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia:

oferty O..

Zamawiający 13 czerwca 2017 r. – już po upływie terminu na wniesienie przez I. O. środków odwoławczych – przesłał wykonawcom informację o rozstrzygnięciu postępowania,

w której wskazał, że jako najkorzystniejsza została uznana oferta wykonawcy P. E. sp. z o.o. z siedzibą we G..

Z załączników do protokołu postępowania wynika, że przyczyny uprzedniego odrzucenia oferty I. O. zostały podane temu Wykonawcy w piśmie z 6 czerwca 2017 r., w którym Zamawiający wskazał, że oferta została odrzucona, gdyż nie odpowiada treści pkt XIX. 1.2. SIWZ oraz XIX. 1.4. SIWZ w związku z pkt IV.3.3.2) lit. a) i c) SIWZ ponieważ prace wskazane przez I. O. na potwierdzenie doświadczenia kierownika zespołu oraz specjalisty ds. wód powierzchniowych nie są pracami naukowo-badawczymi ani studialnymi:

- mają one charakter prac projektowych dotyczących wykonania konkretnego obiektu architektonicznego zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane;
- nie spełniają one kryteriów pracy naukowo-badawczej ani studialnej w zakresie gospodarki wodnej, Ramowej Dyrektywy Wodnej, modelowania jakości wód czy oceny wpływu oddziaływań antropogenicznych na stan zasobów wodnych;
- w pracach tych znajdują się jedynie wnioski praktyczne, które wynikają z lektury prac naukowo-badawczych czy studialnych.

Zamawiający wskazał także, że różnice w charakterze wymaganych przez niego prac w stosunku do prac wskazanych przez I. O. potwierdza również Polska Klasyfikacja Działalności (PKD), zgodnie z którą badania naukowe i prace rozwojowe zostały zaliczone do działu nr (...), a działalność w zakresie architektury i inżynierii oraz związane z nią doradztwo techniczne została sklasyfikowane w osobnym dziale nr (...).

I. O. nie odwoływał od odrzucenia przez Zamawiającego jego oferty, co oznacza, że decyzja Zamawiającego stała się względem niego prawomocna 12 czerwca 2017 r.

Odwołujący wniósł 19 czerwca 2017 r. odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego, w którym nie kwestionował w żaden sposób prawidłowości i zasadności odrzucenia oferty Instytutu O., przeciwnie – miał interes w utrzymaniu w mocy decyzji Zamawiającego.

Odwołanie zostało uwzględnione wyrokiem Izby z dnia 3 lipca 2017 r. (sygn. akt KIO 1259/17), w którym Izba nakazała dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego. Izba nie wypowiedziała się o ofercie Instytutu O..

W wewnętrznym piśmie Zamawiającego z 13 lipca 2017 r., które zostało udostępnione Odwołującemu jako załącznik do protokołu postępowania, Zamawiający przyjął ad hoc że jakoby z wyroku KIO 1259/17 (w części dotyczącej pojęcia „prac o charakterze naukowo-badawczym”) wynikało, że oferta O. nie podlega odrzuceniu, a prace przedstawione w ofercie tego wykonawcy powinny zostać ocenione w ramach kryteriów oceny ofert.

Zamawiający bez unieważnienia odrzucenia oferty I. O. ponownie dokonał jej oceny i uznał ją za najkorzystniejszą.

{ad pkt 1. i 6. listy zarzutów}

Odwołujący zarzucił, że ponieważ ani Izba, ani Zamawiający nie unieważnili odrzucenia oferty I. O., nie mogła ona być ponownie oceniana i uznana za najkorzystniejszą.

Odnosnie wadliwość stanowiska Zamawiającego co do wpływu powyższego orzeczenia Izby na ofertę I. O. Odwołujący podniósł, co następuje.

Dokonana interpretacja wyroku Izby jest błędna. Ponieważ przyczyny przyznania mniejszej liczby punktów Odwołującemu (zarzuty w tym zakresie zostały uwzględnione przez Izbę), były zupełnie inne od powodów odrzucenia oferty Instytutu O., nie było żadnych podstaw do ponownego badania i oceny tej oferty oraz zmiany decyzji o jej odrzuceniu. Zamawiający w piśmie skierowanym przed rozprawą 3 lipca 2017 r. do Izby wskazał, że powodem przyznania ofercie Odwołującego 0 pkt w kryterium „Doświadczenie kierownika projektu” był brak związku prac wskazanych w ofercie z Ramową Dyrektywą Wodną. Natomiast Zamawiający nie kwestionował studialnego lub naukowo-badawczego charakteru tych prac. W związku z tym zarówno argumentacja przedstawiona podczas rozprawy 3 lipca 2017 r., jak również uzasadnienie uwzględnienia odwołania przez Izbę dotyczą wyłącznie związku prac przedstawionych w ofercie Odwołującego z Ramową Dyrektywą Wodną, a nie charakteru tych prac.

Tymczasem, argumentacja zawarta w piśmie Zamawiającego z 6 czerwca 2017 r. jako uzasadnienie odrzucenia oferty I. O. wskazuje, że prace przedstawione w ofercie tego Wykonawcy mają charakter projektowy, a nie studialny lub naukowo-badawczy i dlatego nie spełniają kryteriów określonych w pkt XIX. 1.2. SIWZ oraz XIX. 1.4. SIWZ. Ponieważ Izba nie wypowiedziała się co do powyższych stwierdzeń, tym samym nie zakwestionowała stanowiska Zamawiającego, stąd nie ma materialnych podstaw do zmiany decyzji Zamawiającego dotyczącej odrzucenia oferty Instytutu O..

Ponadto Odwołujący zarzucił, że zmiana decyzji o odrzuceniu oferty I. O. stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż Wykonawca ten, choć miał taką możliwość, nie skorzystał z prawa do wniesienia środków ochrony prawnej od odrzucenia jego oferty, godząc się z decyzją Zamawiającego. Natomiast Odwołujący, broniąc swych interesów, wniósł odwołanie, w którym domagał się wyboru złożonej przez siebie oferty i które zostało w całości uwzględnione przez Izbę.

W tej sytuacji według Odwołującego działania Zamawiającego – który ponownie ocenia ofertę Odwołującego, choć nie zmieniły się przesłanki jej odrzucenia, tylko po to, aby

nie wybrać oferty Odwołującego, którego odwołanie uwzględniła Izba – stanowią, jeśli nie złamanie przepisów, nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa do badania i oceny ofert oraz naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący uważa, iż działanie Zamawiającego ma na celu uniknięcie wykonania wyroku Izby i w konsekwencji uchylenie się od zawarcia umowy z Odwołującym.

Odwołujący powołał się na to, że trafność jego stanowiska potwierdza również orzecznictwo sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej, uznając w tym zakresie za reprezentatywne następujące orzeczenia: wyrok sądu Okręgowego w Krakowie z 10 stycznia 2014 r. (sygn.. akt II Ca 1481/13), wyrok Izby z 24 maja 2013 r. (sygn. akt KIO 1102/13), wyrok Izby z 10 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1776/16) {których stosowne fragmenty uzasadnień zostały w odwołaniu zacytowane}.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że zgodnie z SIWZ wykonawcy mieli oświadczyć, że są związani ofertą przez 30 dni od upływu terminu składania ofert i takie oświadczenie złożył również w swojej ofercie I. O.. Termin składania ofert został wyznaczony przez Zamawiającego na 31 maja 2017 r. Od tego dnia należy więc liczyć termin związania ofertą, który kończył się 30 czerwca 2017 r. Przed upływem tego terminu – 6 czerwca 2017 r. – Zamawiający odrzucił ofertę I. O., co nie zostało zakwestionowane. Po upływie terminu na wniesienie odwołania Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej bez oceniania oferty Instytutu O.. Odwołujący 19 czerwca 2017 r. wniósł odwołanie.

Odwołujący podniósł, że skoro oferta ta nie uczestniczyła już w postępowaniu, wniesienie odwołania przez Odwołującego nie wywołało w odniesieniu do oferty I. O. skutku przewidzianego w art. 182 ust. 6 pzp.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający 20 lipca 2017 r. dokonał wyboru oferty, która „nie istnieje” (oświadczenie o woli zawarcia umowy), gdyż taki m.in. skutek ma oznaczenie okresu związania ofertą. Dlatego ustawodawca zastrzegł w art. 85 ust. 2 pzp, że przedłużenie terminu związania ofertą może nastąpić jedynie przed upływem terminu pierwotnego. W przeciwnym razie jest to złożenie nowej oferty, a nie dopuszczalna modyfikacja oferty istniejącej. I. O. nie przedłużył terminu związania ofertą przed 30 czerwca 2017 r., a ponieważ jego oferta została odrzucona przed wniesieniem odwołania 20 lipca 2017 r., zawieszenie biegu terminu związania ofertą nie nastąpiło i oferta O. wygasła.

{ad pkt 5. listy zarzutów}

Odwołujący zarzucił, że oferta I. O. powinna zostać wykluczona z postępowania ze względu na brak potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej i technicznej określonego w pkt IV.3.3.2) lit. a) i c) SIWZ tj. dotyczącego doświadczenia osób wskazanych na stanowiska kierownika projektu oraz specjalisty ds. wód powierzchniowych z powodów, z których Zamawiający odrzucił tę ofertę.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucił, że I. O. powinien zostać również wykluczony ze względu na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej i technicznej określonego w pkt IV.3.3.2) lit. c) i d) SIWZ, tj. odnośnie wykształcenia osób wskazanych na stanowisko specjalisty ds. wód powierzchniowych i specjalisty ichtiologa.

Odwołujący zrelacjonował, że:

- Zamawiający wymagał, aby osoba wskazana na stanowisko specjalisty ds. wód powierzchniowych posiadała wykształcenie wyższe z zakresu gospodarki wodnej lub inżynierii środowiska lub ochrony środowiska lub geografii, a osoba wskazana na stanowisko specjalisty ichtiologa posiadała wykształcenie wyższe z zakresu biologii lub ekologii lub ochrony środowiska lub rybactwa.
- I. O. w wykazie osób przedłożonym na wezwanie Zamawiającego wskazał, że osoby mające pełnić ww. stanowiska posiadają wykształcenie „wyższe techniczne”.

Odwołujący zarzucił, że takie oświadczenie nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt IV.3.3.2) c) i d) SIWZ, w związku z czym wykonawca O. powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił również, że I. O. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej i technicznej określonego w pkt. IV 3.3.1) SIWZ, gdyż wskazana w pkt. 1 wykazu usługa opracowania dokumentacji projektowej pn. „Udrożnienie koryta rzeki Ł. w celu bezpiecznego przepuszczenia wód powierzchniowych, woj. ś..” stanowi pracę projektową, a nie wymaganą w warunku udziału w postępowaniu pracę studialną lub naukowo-badawczą.

Odwołujący zastrzegł, że w przypadku stwierdzenia przez Izbę braku podstaw do wykluczenia I. O. ze względu na powyższe okoliczności lub odrzucenia jego oferty, zasadne jest nakazanie wezwania do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 pzp.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Odwołujący podniósł, że niezależnie od przedstawionych wcześniej przesłanek oferta I. O. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 SIWZ jako niezgodna z pkt XIX.1.2. oraz XIX.1.4. SIWZ – ta, jak wskazał to pierwotnie Zamawiający w piśmie z 7 czerwca 2017 r. oraz informacji o wynikach postępowania z dnia 13 czerwca 2017 r.

Zamawiający wymagał, aby prace przedstawiane na potwierdzenie spełniania kryteriów oceny ofert w zakresie doświadczenia kierownika zespołu oraz doświadczenia specjalisty ds. wód powierzchniowych były pracami naukowo-badawczymi lub studialnymi (pkt XIX.1.2. oraz XIX.1.4. SIWZ). Natomiast prace wskazane na potwierdzenie doświadczenia ww. osób w ofercie I. O. nie miały takiego charakteru. Odwołujący podzielił również argumentację Zamawiającego dotyczącą różnic w Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) pomiędzy pracami wymaganymi w SIWZ (dział 72) a pracami wskazanymi w ofercie O. (dział 71).

Odwołujący sprecyzował, że zasadność odrzucenia oferty O., a nie przyznania jej 0 pkt w powyższych kryteriach wynika z faktu, że w pkt XIX. 1.2. oraz XIX. 1.4. SIWZ Zamawiający wskazał, że w przypadku gdy wykonawca będzie dysponował osobą, która wykonała 2 prace spełniające wymagania kryterium oceny ofert, wykonawca dostanie 0 pkt. Wobec tego brak wykonania jakiegokolwiek pracy spełniającej powyższe kryteria oceny ofert powinien więc skutkować odrzuceniem oferty tego Wykonawcy.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Odwołujący podał, że z informacji o wynikach postępowania z 20 lipca 2017 r. wynika, że oferta Odwołującego uzyskała 99,98 pkt i została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert, za ofertą Instytutu O., która uzyskała 100 pkt.

Odwołujący zarzucił, że gdyby nawet Zamawiający nie odrzucił oferty Instytutu O., powinien przyznać jej – ze względu na okoliczności wskazane powyżej – 0 pkt w ramach kryteriów „Doświadczenie kierownika projektu” oraz „Doświadczenie specjalisty ds. wód powierzchniowych”, co spowodowałoby, że zostałaby sklasyfikowana na 4. miejscu, a oferta Odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący dodał, że wystarczy, że choć jedna z prac wskazanych przez O. w ww. kryteriach nie spełnia wymagań wskazanych w SIWZ, aby oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą.

W szczególności Odwołujący zarzucił, że najprawdopodobniej nie została w ogóle

wykonana praca wskazana w pozycji 3. wykazu osób, zarówno dla doświadczenia kierownika projektu, jak również dla doświadczenia specjalisty ds. wód powierzchniowych. W obydwu przypadkach w poz. 3 zostało wskazane wykonanie prac w ramach tego samego zadania wykonywanego na rzecz K. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.J." K. J. w Z.G.. W przypadku kierownika projektu praca została oznaczona w wykazie jako: „ Opracowania w zakresie prac studialnych związanych z gospodarką wodną oraz Ramową Dyrektywą Wodną dla zadania: Budowa Małej Elektrowni Wodnej przy istniejącym jazie piętrzącym wody rzeki N. w m. B., gm. D., pow. pińczowskim, woj. Ś. w ramach realizacji pracy studialnej – opracowywania raportu oceny oddziaływania na środowisko”. W przypadku specjalisty ds. wód powierzchniowych praca została oznaczona w wykazie jako: „Opracowania w zakresie modelowania jakości wód, oceny wpływu oddziaływań antropogenicznych na stan zasobów wodnych dla zadania: Budowa Małej Elektrowni Wodnej przy istniejącym jazie piętrzącym wody rzeki N. w m. B., gm. D., pow. P., woj. Ś. w ramach realizacji pracy studialnej – opracowywania raportu oceny oddziaływania na środowisko”.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z decyzją Burmistrza Miasta i Gminy D. z 17 grudnia 2012 r. o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia dla ww. inwestycji (zna: GKRIÓŚ.II.7624.2.12) stwierdzony został brak potrzeby przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko dla ww. przedsięwzięcia. W związku z powyższym uprawnione jest stwierdzenie, że ww. prac określonych w wykazie w ogóle nie wykonano, w związku z czym I. O. powinien otrzymać przynajmniej o 4 pkt mniej w ramach kryteriów oceny ofert dotyczących doświadczenia kierownika projektu oraz specjalisty ds. wód powierzchniowych.

Pismem z 27 lipca 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 26 lipca 2017 r. przekazał faksem kopię pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

31 lipca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie (datowane na 27 lipca 2017 r.) przez I. O. przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego .

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

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i podał uzasadnienie dla takiego stanowiska.

Zamawiający na posiedzeniu nie uznał zasadności żadnego z zarzutów odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Za oczywiście bezzasadny uznano wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp, jako kwestionującego czynność wykonaną zgodnie z wyrokiem Izby z 3 lipca 2017 r. (sygn. akt KIO 1259/17). Abstrahując od przedstawionych poniżej okoliczności, które miały również znaczenie dla merytorycznego rozpatrzenia odwołania, powyższy wyrok nie nakazywał dokonania wyboru oferty Instytutu O.. Stąd sam fakt wykonania wyroku odnośnie przyznania punktacji Odwołującemu nie może ograniczać jego możliwości odwołania się od nowej czynności Zamawiającego, która nie stanowi wykonania tego wyroku. Zauważyć należy, że gdyby Zamawiający ograniczył się wyłącznie do wykonania powyższego wyroku, Odwołujący nie miałby interesu we wniesieniu odwołania, gdyż to jego oferta uzyskałaby najwyższą punktację.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego

zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 1 i 6 listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia:

Zamawiający formalnie nie unieważnił odrzucenia oferty Instytutu O., o której to czynności zawiadomił wykonawców pismem z 6 czerwca 2017 r.

I. O. nie wniósł odwołania od tej czynności ani nie stała się ona przedmiotem odwołania innego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

W piśmie z 13 lipca 2017 r. – dotyczącym wezwania I. O. do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu {które faktycznie były już w dyspozycji Zamawiającego, gdyż wymagał ich załączenia również do oferty} oraz braku podstaw do wykluczenia – Zamawiający wskazał, że czyni to „uwzględniając wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2017 r., sygn. akt: KIO 1259/17, wydany w związku z odwołaniem wniesionym przez wykonawcę I. E. sp. z o.o. z siedzibą w W.”.

Z kolei w piśmie z 20 lipca 2017 r. – stanowiącym zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty I. O.– Zamawiający wprost wskazał, że czyni to „w wyniku wykonania postanowień wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 03 lipca 2017 r. (sygn. akt: KIO 1259/17) i dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem przyznania Odwołującemu maksymalnej liczby (10) punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika projektu”.

W rozdziale XIX pkt 1 s.i.wz. Zamawiający wskazał jako jedno z kryteriów oceny ofert „Doświadczenie kierownika projektu”, określając, że „oceniane będzie doświadczenie zawodowe w zakresie ilości prac naukowo-badawczych lub studialnych związanych z gospodarką wodną oraz RDW opracowanych przez osobę wyznaczoną do pełnienia funkcji kierownika projektu”.

Zarzuty odwołania uprzednio wniesionego przez Odwołującego, które Izba uznała w powyższym wyroku za zasadne i wpływające na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, dotyczyły zaniżenia punktacji Odwołującego z uwagi na nieuznanie,

że prace wskazane w ofercie nie spełniają wymogu związania z RDW”.

Natomiast przedmiotem rozstrzygnięcia w ogóle nie była kwestia rozumienia naukowo-badawczego lub studialnego charakteru prac, które należało przedstawić w ofercie m.in. na potrzeby kryteriów oceny ofert. Izba ustaliła bowiem na wstępie, „że Zamawiający nie kwestionował naukowo-badawczego, czy studialnego charakteru prac wymienionych w tabeli zawartej w pkt 4 oferty Odwołującego. Zamawiający nie podważał również związku tych opracowań z gospodarką wodną. Zasadniczym powodem odmowy przyznania Odwołującemu punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika projektu” za prace wymienione w tabeli zawartej w pkt 4 oferty było stwierdzenie, że dotyczą one ochrony przed powodzią (prace z poz. 2, 4-8, 11-13), co – w ocenie Zamawiającego – nie wpisywało się w treści wspomnianego kryterium oceny ofert. Stanowisko Zamawiającego należało zatem skonfrontować z przyjętymi w SIWZ zasadami przyznawania punktów w spornym kryterium (pkt XIX ppkt 1.2 SIWZ), w świetle których premiowane były prace związane z RDW. W konsekwencji należało udzielić odpowiedzi na pytanie, czy prace dotyczące ochrony przed powodzią są związane z RDW? Na tak sformułowane zagadnienie Izba postanowiła udzielić odpowiedzi twierdzącej”.

Reasumując, Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał wyboru formalnie i ostatecznie odrzuconej oferty Instytutu O., błędnie uznając, że zobowiązuje go do tego wyrok Izby wydany w wyniku uwzględnienia poprzedniego odwołania I. E..

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przy czym oczywiste jest, że wybór ten może zostać dokonany jedynie spośród ofert, które nie zostały odrzucone na podstawie jednej z przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Ponadto z art. 7 ust. 1 pzp wynika, że zamawiający przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Wreszcie art. 7 ust. 3 pzp nakazuje zamawiającemu udzielić zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami tej ustawy.

Izba stwierdziła, że w ustalonych powyżej okolicznościach Zamawiający naruszył powyżej wymienione przepisy, gdyż dokonał wyboru oferty I. O., którą uprzednio ostatecznie

odrzuć, bezpodstawnie powołując się na wyrok Izby, który w żaden sposób nie odnosił się do tej czynności. Tymczasem wyrok w poprzedniej sprawie pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym został wydany z poszanowaniem art. 192 ust.7 pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Obiektywnie zatem wynikający z rozstrzygnięcia tamtej sprawy nakaz dokonania ponownego badania i oceny ofert mógł i faktycznie odnosił się wyłącznie do przyznania w ramach tych powtórzonych czynności dodatkowej punktacji ofercie Odwołującego, co wprost wynika z jego sentencji.

Skoro zatem czynność Zamawiającego nie stanowiła wykonania, nawet pośrednio, wyroku Izby w poprzedniej sprawie, a nie podał on w uzasadnieniu wyboru oferty Instytutu O., żadnych innych okoliczności, należy uznać, że okoliczności, które legły u podstaw nieuchylonej formalnie czynności odrzucenia oferty Instytutu O., nie uległy zmianie, a zatem czynność ta pozostaje w mocy również pod względem materialnym, czyli z powodów, które w ramach uzasadnienia tej decyzji podał Zamawiający.

Izba nie wzięła pod uwagę argumentacji podniesionej na rozprawie, jakoby uwzględnienie w ramach powtórzonych czynności oferty I. O. i jej wybór wynikały z działania w ramach tzw. autokontroli, gdyż w sposób oczywisty przeczy to temu, co wynika z dokumentacji postępowania. Zauważyć przy tym należy, że na pytanie, co było podstawą faktyczną zmiany decyzji co do oferty Instytutu O., na rozprawie Odwołujący spontanicznie wskazał na część wyroku, która dotyczyła prezentacji argumentacji Odwołującego, która dodatkowo nie miała żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia w poprzedniej sprawie.

Niezależnie od powyższego zdaniem Izby skuteczne uchylenie przez zamawiającego uprzednio zdziałanej czynności jest możliwe aż do momentu, kiedy stanie się ona ostateczna, czyli do upływu terminu na wniesienie od niej odwołania, co nie miało miejsca w okolicznościach rozpatrywanej sprawy.

Izba podziela również ocenę Odwołującego, że Zamawiający nie dochował zasady równego traktowania Przystępującego i Odwołującego, gdyż wyłącznie ten ostatni wniósł odwołanie, aby wzruszyć czynność, która uniemożliwiła mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, w przeciwieństwie do pierwszego, który był zupełnie bierny. Stąd należy uznać za adekwatne również dla tej sprawy poglądy wyrażone w orzeczeniach, na które powołał się Odwołujący.

W wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 10 stycznia 2014 r. (sygn. akt: II Ca 1481/13): „Przepisy ustawy prawo zamówień publicznych przewidują dla uczestników tego postępowania określone środki ochrony prawnej z których dany podmiot może, ale nie musi korzystać. Oczywiście jest kwestią, iż zależy to stanowiska danego podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia. O przysługujących w tym zakresie prawach zamawiający ma

obowiązek pouczyć potencjalnych wykonawców w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 17 P.z.p.). Nie budzi wątpliwości także, iż każdy podmiot zgłaszający swoją ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia działa we własnym interesie, a nie w interesie pozostałych uczestników, którzy stanowią dla niego konkurencję. Jeśli zatem dany wykonawca decyduje się na wniesienie odwołania od niekorzystnej dla niego czynności (bądź zaniechania) zamawiającego, to czyni we własnym imieniu, z uwagi własny interes, nie działa zaś w interesie innych podmiotów, którzy sami nie wnieśli odwołania. Podnieść też trzeba, że zgodnie z art. 179 ust. 1 P.z.p. środki ochrony prawnej (w tym odwołanie) przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Z powyższego przepisu wynika, wręcz iż dla skutecznego wniesienia odwołania dany podmiot musi wykazać się posiadaniem interesu w zaskarżeniu konkretnej czynności (zaniechania) zamawiającego. Dlatego też nie tylko nie ma on jakiegokolwiek celu we wniesieniu środka ochrony prawnej w interesie innego podmiotu, ale także nie posiada do tego stosownej legitymacji. Jeśli tak, to wyrok wydany na skutek zaskarżenia czynności (zaniechania) zamawiającego może wywierać jedynie wpływ na sytuację skarżącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ewentualnie oddziałując niekorzystnie na sytuację innych podmiotów wciąż uczestniczących w tym postępowaniu (co może mieć miejsce np. gdy uchylona zostanie czynność odrzucenia oferty odwołującego się, co ma wpływ na sytuację innych podmiotów, których oferty wcześniej nie zostały odrzucone, zwiększając tym samym liczbę konkurentów). Natomiast nie może wywierać jakichkolwiek skutków korzystnych dla podmiotów, które na skutek czynności (zaniechania) zamawiającego znalazły się podobnej sytuacji jak odwołujący się, lecz z możliwości wniesienia środków ochrony prawnej nie skorzystały, godząc się niejako na konsekwencje wynikające z danej czynności zamawiającego. Przenosząc powyższe ogólne reguły na stan faktyczny istniejący w tej sprawie stwierdzić należy, że prawidłowo KIO oceniła czynności zamawiającego jako sprzeczne ze wskazanymi wcześniej przepisami ustawy prawo zamówień publicznych. Jeśli bowiem w dniu 21 lutego 2013 roku zostały odrzucone jedyne dwie oferty złożone w toku przedmiotowego przetargu, co skutkowało unieważnieniem samego przetargu, z uwagi na brak jakiegokolwiek oferty nie podlegającej odrzuceniu, a czynność ta została zaskarżona w drodze odwołania jedynie przez wykonawcę zaś wykonawca (...) odwołanie nie wniósł, to wyrok wydany na skutek odwołania KIO nie może wpływać w jakikolwiek sposób na sytuację (...) w tym postępowaniu. Wobec tego podmiotu czynność zamawiającego stała się wiążąca, a więc jego oferta została skutecznie

i „prawomocnie” odrzucona. Przed wydaniem wyroku przez KIO w dniu 14 marca 2013 roku zamawiający nie podejmował jakichkolwiek czynności odnośnie oferty tego podmiotu, co jest logiczne i racjonalne, skoro ją odrzucił. Po wyroku z dnia 14 marca 2013 roku, który jak trafnie stwierdziła KIO, dotyczył jedynie ofert, które pozostały nie odrzucone, a więc praktycznie wyłącznie oferty (...), podmiot ten miał prawo wnioskować, że jego oferta jest jedyną pozostającą w trwającym postępowaniu, co oczywiście miało istotne znaczenie z punktu widzenia możliwości uzyskania zamówienia, a więc osiągnięcia celu w jakim podmiot ten przystąpił do postępowania o udzielenie zamówienia. Z tego powodu samodzielne przywrócenie przez zamawiającego do przedmiotowego postępowania oferty (...) niewątpliwie naruszało zasadę określoną w art 7 ust. 1 P.z.p., gdyż nie może być uznane za równe traktowanie podmiotów doprowadzenie do sytuacji, gdy jeden z nich pozostał w dalszym toku postępowania przetargowego wyłącznie na skutek podjęcia o to skutecznej walki na przysługującej mu drodze prawnej, zaś drugi pomimo tego, że nie zaskarżył czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty i tak uczestniczy dalej w tym postępowaniu, jedynie na skutek woli zamawiającego”.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 24 maja 2013 r. (sygn. akt KIO 1102/13): „Stanowisko zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Przywrócenie do postępowania oferty wykonawcy, który nie wniósł środka ochrony prawnej na czynność odrzucenia jego oferty nie może być uzasadnione dowolnymi przekonaniem zamawiającego. Ustawodawca przewidział możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej właśnie w tym celu, by wykonawcy bronili się przed niesłusznymi - ich zdaniem - czynnościami zamawiającego. Wniesienie środka ochrony prawnej - oprócz jego bezpośredniego celu – ma również inne skutki, np. możliwości przystąpienia do postępowania po stronie odwołującego bądź zamawiającego przez innych wykonawców i przedstawienie przez nich stanowiska w sprawie. Dowolność działań podejmowanych przez zamawiającego pozbawia wykonawców możliwości skorzystania z ich ustawowych uprawnień, a także rodzi stan niepewności wśród wszystkich uczestników postępowania. Zdaniem Izby działanie takie godzi również w zasadę równego traktowania wykonawców. Nie może być bowiem tak, że jeden z wykonawców wnosi środek ochrony prawnej na czynność zamawiającego i ponosi koszty z tym związane, natomiast drugi korzysta z dobrodziejstw wydanego orzeczenia, mimo że w żaden sposób go ono nie dotyczy”.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 10 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1776/16): „W ocenie składu orzekającego, oferta Przystępującego została już prawomocnie odrzucona z postępowania pierwszą czynnością Zamawiającego, z dnia 20 czerwca 2016 r. Przystępujący nie zaskarżył odrzucenia swojej oferty za pomocą przysługujących mu

środków ochrony prawnej. Nie zaskarżył również czynności z dnia 23 czerwca 2016 r. Izba podzieliła stanowisko dotychczas wyrażone w orzecznictwie, że „oczywistym jest zatem, że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty przystępującego uprawomocniła się i nie mogła zostać skutecznie zmieniona czynnością zamawiającego”.

{zarzuty z pkt 2-5 listy zarzutów}

Z uwagi na stwierdzenie, że uprzednio dokonane przez Zamawiającego odrzucenie oferty I. O. pozostaje w mocy, Izba uznała za zbędne orzekanie co do pozostałych zarzutów zawartych w odwołaniu, które dodatkowo w większości zostały zgłoszone jako zarzuty alternatywne lub ewentualne. Tym samym Izba pominęła zgłoszone w toku postępowania odwoławczego dowody na poparcie twierdzeń związanych z tymi zarzutami, gdyż okazały się one bez znaczenia dla sprawy.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 i 2 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 zm.) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: