

Sygn. akt: KIO 96/14

**WYROK**

**z dnia 6 lutego 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 20 stycznia 2013 r. przez **wykonawcę: Wodpol Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu** w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Międzygminny ds. Ekologii w Żywcu**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydro-Instal Zakład Instalacji Sanitarnych Homa-Homa Sp. j. z siedzibą w Mazańcowicach oraz Instal Cymorek Sp. j. z siedzibą w Skoczowie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydro-Instal Zakład Instalacji Sanitarnych Homa-Homa Sp. j. z siedzibą w Mazańcowicach oraz Instal Cymorek Sp. j. z siedzibą w Skoczowie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydro-Instal Zakład Instalacji Sanitarnych Homa-Homa Sp. j. z siedzibą w Mazańcowicach oraz Instal Cymorek Sp. j. z siedzibą w Skoczowie i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę: Wodpol Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydro-Instal Zakład Instalacji Sanitarnych Homa-Homa Sp. j. z siedzibą w Mazańcowicach oraz Instal Cymorek Sp. j. z siedzibą w Skoczowie** kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy: Wodpol Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz uzasadnione koszty strony 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 2013 r., poz. 907 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 Bielsku-Białej.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Związek Międzygminny ds. Ekologii w Żywcu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Budowa dodatkowej sieci kanalizacyjnej w gminie Łodygowice - kontrakt 22-1”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 14 października 2013 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2013 r. pod numerem 2011/S 201-347136.

W dniu 10 stycznia 2014 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty: t.j. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydro-Instal Zakład Instalacji Sanitarnych Homa-Homa Sp. j. z siedzibą w Mazańcowicach oraz Instal Cymorek Sp. j. z siedzibą w Skoczowie.

Wykonawca Wodpol Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 20 stycznia 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność Zamawiającego z dnia 10 stycznia 2014 r.

Podważając czynność Zamawiającego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, art. 91 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydro-Instal Zakład Instalacji Sanitarnych Homa-Homa Sp. j. z siedzibą w Mazańcowicach oraz Instal Cymorek Sp. j. z siedzibą w Skoczowie z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydro-Instal Zakład Instalacji Sanitarnych Homa-Homa Sp. j. z siedzibą w Mazańcowicach oraz Instal Cymorek Sp. j. z siedzibą w Skoczowie z uwagi na niedozwoloną zmianę treści oferty.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydro - Instal Zakład Instalacji Sanitarnych Homa- Homa Sp. j. z siedzibą w Mazańcowicach, Instal Cymorek Sp. j z siedzibą w Skoczowie;

3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Wykonawcy Konsorcjum: Hydro - Instal Zakład Instalacji Sanitarnych Homa- Homa Sp. j. z siedzibą w Mazańcowicach, Instal Cymorek Sp. j z siedzibą w Skoczowie - na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp., i co za tym idzie odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust.4 ustawy Pzp;

4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydro - Instal Zakład Instalacji Sanitarnych Homa- Homa Sp. j. z siedzibą w Mazańcowicach, Instal Cymorek Sp. j z siedzibą w Skoczowie - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. w związku z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp;

5) nakazanie Zamawiającemu, aby ponownie dokonał czynności polegających na badaniu i ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nieodrzuconych ofert,

6) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów, przedstawionych podczas rozprawy.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko w odwołaniu, wskazał, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Hydro - Instal Zakład Instalacji Sanitarnych Homa- Homa Sp. j. z siedzibą w Mazańcowicach, Instal Cymorek Sp. j z siedzibą w Skoczowie w sposób nieuprawniony dokonali zmiany treści oferty w zakresie podwykonawstwa po złożeniu przez wykonawcę oferty (t.j. w toku złożonych wyjaśnień). W ocenie Odwołującego oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydro - Instal Zakład Instalacji Sanitarnych Homa- Homa Sp. j. z siedzibą w Mazańcowicach, Instal Cymorek Sp. j z siedzibą w Skoczowie została uzupełniona o zakresy tego podwykonawstwa. W konsekwencji powyższego wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz jego oferta powinna tym samym zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Czynność Zamawiającego z dnia 10 stycznia 2014 r. – dotycząca wyboru najkorzystniejszej oferty - stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Wodpol Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Hydro - Instal Zakład Instalacji Sanitarnych Homa- Homa Sp. j. z siedzibą w Mazańcowicach, Instal Cymorek Sp. j z siedzibą w Skoczowie.

Pismem z dnia 31 stycznia 2014 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając w całości zarzuty odwołania.

Pismem z dnia 3 lutego 2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydro - Instal Zakład Instalacji Sanitarnych Homa- Homa Sp. j. z siedzibą w Mazańcowicach, Instal Cymorek Sp. j z siedzibą w Skoczowie w odpowiedzi na uwzględnienie odwołania wnieśli do Krajowej Izby Odwoławczej sprzeciw.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydro-Instal Zakład Instalacji Sanitarnych Homa-Homa Sp. j. z siedzibą w Mazańcowicach oraz Instal Cymorek Sp. j. z siedzibą w Skoczowie - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 20 stycznia 2014 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 23 stycznia 2014 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Hydro - Instal Zakład Instalacji Sanitarnych Homa- Homa Sp. j. z siedzibą w Mazańcowicach, Instal Cymorek Sp. j z siedzibą w Skoczowie.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Hydro - Instal Zakład Instalacji Sanitarnych Homa- Homa Sp. j. z siedzibą w Mazańcowicach, Instal Cymorek Sp. j z siedzibą w Skoczowie (zwani dalej również: „Przystępującym”).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uznała, iż odwołanie należy uznać jako zasadne i zasługujące na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Hydro - Instal Zakład Instalacji Sanitarnych Homa- Homa Sp. j. z siedzibą w Mazańcowicach, Instal Cymorek Sp. j z siedzibą w Skoczowie z uwagi na dokonanie w sposób nieuprawniony zmiany treści oferty w zakresie podwykonawstwa.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest: *„Budowa dodatkowej sieci kanalizacyjnej w gminie Łodygowice - kontrakt 22-1”*.

W niniejszym postępowaniu ofertę złożył m. in. Przystępujący z ceną 13.518.894,02 zł brutto. W formularzu ofertowym wykonawca oświadczył, że nie zamierza powierzyć do podwykonania żadnej części niniejszego zamówienia. Ponadto w załączniku nr 6 oświadczył, że podmioty udostępniające zasoby (EKOBUD, GRESAN, FHU W. RYSZKA) nie będą brały udziału w realizacji części niniejszego zamówienia.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 18 grudnia 2013 r. wezwał Przystępującego do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących powierzenia części zamówienia podwykonawcom.

Przystępujący pismem z dnia 23 grudnia 2013 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień, wskazując że w przypadku firm F.H.U. W. Ryszka oraz MEBIKAN SPOL. S.R.O., od początku zamierzał wykorzystać potencjał przedmiotowych podmiotów, poprzez ich udział w realizacji części zamówienia, jako podwykonawców. Świadczyć miał o tym, fakt, iż wykonawca załączył do złożonej oferty wszystkie dokumenty dotyczące w/w podmiotów wymagane przez Zamawiającego w pkt 10.1.8 SIWZ w przypadku zamiaru korzystania przez wykonawców z podmiotów udostępniających swoje zasoby oraz biorących jednocześnie udział w realizacji części zamówienia, jako podwykonawców. Ponadto – jak wskazał - w/w podmioty złożyły stosowne oświadczenia, w których zobowiązały się do przekazania wykonawcy wiedzy oraz doświadczenia niezbędnego do prawidłowej realizacji zamówienia oraz do realizacji zamówienia jako podwykonawcy. Dlatego też Przystępujący podkreślił, iż

stwierdzenia zawarte w załącznikach nr 1 oraz 6 do oferty, z których wynikało, iż wykonawca nie zamierza korzystać, przy realizacji przedmiotowego zamówienia, z żadnych podwykonawców były efektem oczywistej omyłki, na co jednoznacznie wskazuje zestawienie tychże błędnych zapisów z w/w dokumentami załączonymi do oferty. Dlatego też Przystępujący oświadczył, iż zamierza powierzyć w/w podmiotom, w ramach przedmiotowego zamówienia, realizację części zamówienia tj.: F.H.U. W..... R..... - wykonanie części sieci kanalizacyjnej, zaś MEBIKAN SPOL. S.R.O. - wykonanie remontu kanalizacji metodą rękawa uszczelniającego.

W dniu 10 stycznia 2014 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty: t.j. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydro-Instal Zakład Instalacji Sanitarnych Homa-Homa Sp. j. z siedzibą w Mazańcowicach oraz Instal Cymorek Sp. j. z siedzibą w Skoczowie.

**Mając powyższe na względzie Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Nie ulega wątpliwości, że Przystępujący w swojej ofercie, zadeklarował iż nie będzie korzystał z udziału podwykonawców w niniejszym postępowaniu. Nie ulega również wątpliwości, że z treści zobowiązania podmiotów trzecich wynikało, że podmioty te deklarują swój udział wyłącznie w ramach podwykonawstwa (str. 55, 62 oferty Przystępującego).

Skoro wybrany wykonawca nie przewidywał w swojej ofercie podwykonawstwa (co dwukrotnie określił w ofercie w pkt.10 formularza ofertowego i zał. Nr 6 -zatem trudno – w tak opisanym stanie faktycznym - mówić o jakiegokolwiek pomyłce). Ponadto podmioty udostępniające potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia - ani te inne podmioty tj. Mebikan spo.s.r.o. i F.H.U. W..... R..... - w zobowiązaniu nie zadeklarowały opcjonalnie innego udziału niż podwykonawstwo. Nie można zgodzić się zatem z Przystępującym, że w niniejszym stanie faktycznym informacja o podwykonawstwie i o jego zakresie – nie jest istotną treścią oferty.

Należy w tym miejscu przywołać art. 84 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę. Ponadto zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zatem odwołanie zasługiwało na uwzględnienie ponieważ nieuprawnione jest w ocenie Izby – w świetle art. 87 ustawy Pzp - dokonywanie zmiany w zakresie podwykonawstwa po złożeniu oferty, co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym poprzez złożone wyjaśnienia, w których to Przystępujący - wbrew temu co twierdził w ofercie - wskazał, że zamierza wykorzystać potencjał podmiotów trzecich, poprzez ich udział w realizacji części zamówienia, jako podwykonawców. W konsekwencji istniały podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Izba jednocześnie – w oparciu o wskazane przez Odwołującego uzasadnienie faktyczne – nie dopatrzyła się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W świetle powyższego, biorąc pod uwagę powyższe rozważania Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydro-Instal Zakład Instalacji Sanitarnych Homa-Homa Sp. j. z siedzibą w Mazańcowicach oraz Instal Cymorek Sp. j. z siedzibą w Skoczowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....