

Sygn. akt: KIO 2690/15

POSTANOWIENIE

z dnia 28 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 28 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2015r. przez **odwołującego:** TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. ul. Partyzantów 72 A; 80-254 Gdańsk w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa.

przy udziale wykonawcy: MGGP S.A. 33-100 Tarnów ul. Kaczkowskiego 6 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

postanawia:

1. odrzucić odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. ul. Partyzantów 72A; 80-254 Gdańsk i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. ul. Partyzantów 72A; 80-254 Gdańsk tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. ul. Partyzantów 72A; 80-254 Gdańsk na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa kwotę 3.600 zł. 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i 00 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Pismem z dnia 11 grudnia 2015 roku wniesiono odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie ul. Targowa 74

Prowadzone przez zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego dotyczy wykonania dokumentacji projektowej i uzyskania decyzji administracyjnych dla linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie dla projektu „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie” - część 3 zamówienia. - nr postępowania 6060/1CZ4/000001 /15/P.

Zamówienie podzielone jest na trzy części. Odwołanie dotyczy - części 3 zamówienia

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 lutego 2015 roku pod poz. 2015/S 024-040061.

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 2 czerwca 2015r.

Informacja o wyborze została przekazana ubiegającym się o zamówienie w dniu 11 sierpnia 2015 r.

W dniu 21 sierpnia 2015 r. zostały wniesione odwołania na czynności zamawiającego wynikające wyboru najkorzystniejszej oferty.

W części 3 zamówienia klasyfikacja ofert na pierwszych trzech pozycjach ukształtowała się następująco:

1. Halcrow Group Limited Londyn Wielka Brytania -100 punktów ;
2. MGGP S.A. w Tarnowie - 98,25 punktów;
3. Transprojekt Gdański Sp. z o.o. w Gdańsku – 95,72 punktów;
4. SYSTRA S.A. w Paryżu Francja - 65,82

W zakresie części 3 zamówienia zostały wniesione następujące odwołania:

1. MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie wniósł odwołanie w dniu 20 sierpnia 2015 roku - 98,25 punktów

2. SYSTRA S.A. z siedzibą w Paryżu Francja wniosła odwołanie w dniu 21 sierpnia 2015 roku- 65,82.

W zakresie części 1 zamówienia zostało wniesione odwołanie przez jednego wykonawcę: BBF spółka z o.o. w Poznaniu.

Odwołania zostały rozstrzygnięte wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 września 2015 roku w połączonych sprawach o Sygn. akt 1809/15; KIO 1823/15; KIO 1829/15. Po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 3, 7 i 8 września 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2015 r. przez: wykonawcę MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6,33-100 Tarnów (sygn. akt KIO 1809/15); wykonawcę BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Dąbrowskiego 461,60-451 Poznań (sygn. akt KIO 1823/15) wykonawcę Systra S.A., 72-76 rue Henry Farman, 75015 Paryż, Francja (adres do korespondencji: SYSTRA S.A. Oddział w Polsce, ul. Świętego Antoniego 2/4 Brama B, 50-073 Wrocław) (sygn. akt KIO 1829/15) w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa przy udziale: wykonawcy Systra S.A., 72-76 rue Henry Farman, 75015 Paryż, Francja (adres do korespondencji: SYSTRA S.A. Oddział w Polsce, ul. Świętego Antoniego 2/4 Brama B, 50-073 Wrocław) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1809/15 po stronie odwołującego; wykonawcy Biuro Projektantów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Kościuszki 69, 61-891 Poznań zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1823/15 po stronie zamawiającego; wykonawcy Voelsing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Grobla 17/5, 61-859 Poznań zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1823/15 po stronie zamawiającego; wykonawcy Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Partyzantów 72A, 80-254 Gdańsk zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1829/15 po stronie zamawiającego orzeka: 1. uwzględnić odwołanie wniesione przez wykonawcę MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 3 zamówienia oraz ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wezwanie wykonawcy Halcrow Group Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii, prowadzącego działalność w Polsce przez: Halcrow Group Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ul. Wspólna 47/49, 00-684 Warszawa, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w zakresie dokumentów potwierdzających, że członkowie zarządu wykonawcy nie zostali skazani za przestępstwa w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 oraz 10-11 ustawy Pzp tj. złożenia zaświadczeń dla członków zarządu wykonawcy (sygn. akt KIO 1809/15)

2. oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań dla części 1 zamówienia (sygn. akt KIO 1823/15)

3. uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę Systra S.A., 72-76 rue Henry Farman, 75015 Paryż, Francja (adres do korespondencji: SYSTRA S.A. Oddział w Polsce, ul. Świętego Antoniego 2/4 Brama B, 50-073 Wrocław) (sygn. akt KIO 1829/15) i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 3 zamówienia oraz ponowne badanie i ocenę ofert, w tym: - wezwanie wykonawcy Halcrow Group Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii, prowadzącego działalność w Polsce przez: Halcrow Group Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ul. Wspólna 47/49, 00-684 Warszawa, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w zakresie dokumentów potwierdzających, że członkowie zarządu wykonawcy nie zostali skazani za przestępstwa w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 oraz 10-11 ustawy Pzp, tj. złożenia zaświadczeń dla członków zarządu wykonawcy - wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TECHNITAL S.p.A., via Cassano d'Adda 27/1, 20139 Milano, Włochy oraz SINTAGMA s.r.l., via Roberta n. 1 San Martino In Campo, 06132 Perugia, Włochy z siedzibą w Warszawie, ul. Gniewkowska 1, 01-253 Warszawa, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej i/lub finansowej, tj. część sprawozdania finansowego, tj. rachunek zysków i strat oraz opinią biegłego rewidenta za rok 2014, oraz rachunek zysków i strat za rok 2012 - wezwanie wykonawcy Torprojekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Gniewkowska 1, 01-253 Warszawa, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej i/lub finansowej, tj. informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy.

Pełnomocnik Zamawiającego przedłożył pismo procesowe z dnia 28 grudnia 2015 r., w którym uzasadnia merytorycznie swoje stanowisko co do podstaw i obowiązku odrzucenia odwołania TRANSPROJEKT GDAŃSKI z uwagi na treść art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Stwierdza, iż w postępowaniu w sprawach KIO 1809/15, 1823/15, 1829/15, gdzie wydany został wyrok dnia 14 września 2015 r. wykonawca Systra złożył odwołanie o merytorycznych zarzutach zbieżnych z zarzutami zawartymi w aktualnym odwołaniu w sprawie KIO 2690/15, gdzie Odwołującym jest TRANSPROJEKT GDAŃSKI, który wówczas był po stronie Zamawiającego w związku z odwołaniem złożonym przez Systrę. Powołuje szereg orzeczeń KIO, z których wynika obowiązek koncentracji środków odwoławczych i oświadcza, iż już wówczas przy pierwszej czynności TRANSPROJEKT GDAŃSKI powinien złożyć własne, samodzielne odwołanie, w którym by kwestionował ofertę MGGP i zaniechanie odrzucenia

oferty MGGP. Uważa, że termin do wniesienia odwołania upływał w dniu 21 sierpnia 2015 r. Przedkłada do akt odpowiedź na odwołanie w sprawie KIO 2690/15 oraz przekazuje odpis Odwołującemu i Przystępującemu. Wskazuje, że argumentacja w kwestii odrzucenia odwołania mieści się na str. 1-5.

W tym miejscu cytuje wyrok w sprawie KIO 188/15 i 193/15, str. 6 orzeczenia 188/15, gdzie Izba uznała, że, dokonując wyboru, zamawiający określił się, że nie widzi podstaw do odrzucenia czy wykluczenia oferty dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty i określenia, które oferty odrzuca. W tych stanach rzeczy Izba orzekła, że od tej daty biegnie wykonawcy termin na wniesienie odwołania, jeżeli nie zgadza się z czynnością zamawiającego wyartykułowaną poprzez czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i nie odrzuceniem pozostałych ofert. O tyle istotna była sytuacja, że wykonawcy nie składali odwołań, ponieważ byli wykonawcami wybranymi.

W ocenie zamawiającego otrzymując zawiadomienie dnia 11 sierpnia 2015 r. Odwołujący TRANSPROJEKT GDAŃSKI powinien już wtedy kwestionować oferty, które zamawiający nie wykluczył ani nie odrzucił, a znajdują się przed nim.

Zamawiający odnosi to do sytuacji, że odwołujący powinien kwestionować już wówczas to jest z datą 11.08.2015 r. to jest z datą pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty MGGP i Halcrow, ponieważ znalazł się wówczas na 3 pozycji i powinien złożyć odwołanie.

Decyduje w tym zakresie okoliczność, iż zamawiający dokonał badania i oceny ofert i nie znalazł podstaw do odrzucenia i wykluczenia wykonawcy MGGP S.A z siedzibą Tarnowie. Zamawiający otrzymał wytyczne wyrokiem z dnia 14 września 2015 r. tylko wobec Halcrow i aktualnie dokonując badania i oceny ofert utrzymał swoją pierwotnie dokonaną ocenę w stosunku do pozostałych ofert. Zamawiający reprezentuje stanowisko, że jeżeli były odrzucone oferty przez zamawiającego wobec wykonawców, ale nie obejmowały wszystkich zarzutów, to powinien taki wykonawca wnieść odwołanie rozszerzając zarzuty, które nie są podniesione w czynności zamawiającego odrzucenia ofert. Powoływane orzeczenia są to postanowienia o odrzuceniu odwołań. Uważa, że Zamawiający ma prawo posługiwać się w swojej praktyce tymi postanowieniami jako pewnymi wytycznymi, w szczególności że dotyczyły postępowań przez niego prowadzonych oraz stanowią wykładnię art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stanowisko zamawiającego popiera przystępujący po jego stronie MGGP S.A. powołując się na argumentację w jego przystąpieniu. Powołuje się na sześcioletnie orzecznictwo Izby w tym zakresie i podkreśla, że okoliczności sprawy nie uległy zmianie na etapie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pełnomocnik TRANSPROJEKT wniósł o oddalenie wniosku i odrzucenie jego odwołania. Uważa, że w pierwszym postępowaniu odwoławczym wywołanym wskutek pierwszego wyboru nie miał interesu do złożenia odwołania w rozumieniu art. 189 ust. 1. Znajdował się

na 3 pozycji i nie miał i nadal nie ma zarzutów w stosunku do oferty Halcrow, natomiast odwołanie przeciwko MGGP składała Systra. Nie miał zarzutów w stosunku do ofert Halcrow, która była sklasyfikowana na pozycji pierwszej, w związku z tym uważa, że przywołanie podstaw art. 182 ust. 2 pkt 3 jest bezprzedmiotowe, ponieważ nie mieliśmy interesu do wniesienia odwołania. Przywołując pkt 4 stwierdza, że w poprzednim postępowaniu Izba nie rozstrzygała tych samych okoliczności, które są przedmiotem naszego odwołania w stosunku do MGGP. Przyznaje, że jedna okoliczność się powtarza, tj. złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania jako konsekwencji zakresu usług wykazanych dla spełnienia warunku doświadczenia. Natomiast zarzut dotyczący ilości torów dodatkowych KIO, rozpatrując zarzut nieprawdziwych informacji wskutek odwołania Systra do oferty MGGP, oddaliła ten zarzut. My składamy całkowicie nowy zarzut brak na referencji, gdzie brak 2 torów dodatkowych, identyfikacji osoby składającej podpis, jest to tylko parafa i z treści dokumentu nie można wywieść, kto podpisał pełnomocnictwo. Zgłosiliśmy wówczas przystąpienie po stronie Zamawiającego będąc atakowanym przez Systrę. Zwraca uwagę na wymóg spełnia przesłanki z pkt 4 art. 189 ust. 2, gdzie musiał być ten sam odwołujący, a myśmy wówczas odwołania nie wnosili, oprócz tych samych okoliczności.

Pełnomocnik zamawiającego z kolei na posiedzeniu oświadczył, że opiera swój wniosek o art. 189 ust. 2 pkt 3 i uważa, że Izba nie powinna orzekać 2 razy w tej samej sprawie a odwołujący nie ma prawa opóźniać postępowania i przywołuje art. 182, który mówi, że odwołanie wnosi się w ciągu 10 dni od dnia, kiedy uzyskał informacje o podstawach odrzucenia i te podstawy, o których mówi Odwołujący istnieją już od dnia 11 sierpnia 2015 roku a termin na podniesienie tych podstaw upłynął 21 sierpnia 2015 roku, mogą powołać nawet kilkadziesiąt orzeczeń KIO idących w kierunku takiej interpretacji, chociażby o Sygn. akt KIO 341/15.

Kwestia w takich okolicznościach podnoszona jest w każdym odwołaniu i mówi się o interesie, który istniał w pierwotnym terminie, bo wówczas Zamawiający określił się, jakie przesłanki ewentualnie znalazła co do wykluczenia lub odrzucenia.

Odwołujący uważa, że taka argumentacja zamawiającego i przystępującego jest nie do przyjęcia, ponieważ doprowadzimy do sytuacji, że nie mając żadnej wiedzy powinniśmy składać odwołania w stosunku do czynności zamawiającego, gdzie nie mamy interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1.

Przywołuje zamawiający art. 180, który mówi, że odwołanie składa się na czynności i zaniechania. Uważa, że zarzut, że trzeba odwołujący podnosi, że zarzuty należy stawiać w ciemno jest nieuprawniony, ponieważ TRANSPROJEKT już mógł w sierpniu zapoznać się z ofertami i podnieść te zarzuty.

Izba zważyła co następuje

Odwołanie dotyczy oferty MGGP S.A. w Tarnowie, która została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzeciej pozycji. Powyższa klasyfikacja ofert została ustalona przez zamawiającego w dniu 11 sierpnia 2015 roku. W tym, że dniu zamawiający powiadomił wykonawców o czynnościach podjętych na podstawie art.92 ust.1 ustawy Pzp. zgodnie z którym powiadamia o wyborze najkorzystniejszej ofercie, jak i o wykonawcach, którzy zostają wykluczeni z postępowania jak i o ofertach odrzuconych z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Z kolei z dniem otwarcia ofert wykonawcy mają do nich dostęp w myśl art. 96 ust.3 ustawy Pzp. W wyniku złożonych odwołań wydany został wyrok Izby w połączonych sprawach w dniu 14 września 2015 roku o Sygn. akt KIO 1809/15, KIO 1823/15 i KIO 1829/15, na podstawie którego zobowiązano zamawiającego do wezwania wykonawców o uzupełnienie dokumentów potwierdzających udział w postępowaniu. Odwołania dotyczyły również wykonawcy wobec którego odwołujący złożył w niniejszym postępowaniu odwołanie to jest MGGP S.A. w Tarnowie, które nie zostało uwzględnione.

Natomiast odwołujący nie wniósł odwołania po zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 11 sierpnia 2015 roku. Brał udział w tym postępowaniu odwoławczym jako przystępujący po stronie zamawiającego.

Z treści wniesionego w niniejszym postępowaniu odwołania wynika, że dotyczy ono niespełnienia warunków złożenia oferty jak i warunków udziału w postępowaniu to jest naruszenia przez zamawiającego art.89 ust.1 pkt 1 i art.9 ustawy Pzp w związku z brakiem podpisu w ofercie; art.24 ust.2 pkt 4 i art.24 ust.4 ustawy Pzp. w związku z referencjami oraz art.24 ust.2 pkt 3 i art.24 ust.4 ustawy pzp w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji. Z okoliczności sprawy wynika, że zarzuty odwołujący mógł podnieść już po pierwszym zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty to jest po dniu 11 sierpnia 2015 roku. Natomiast uczynił to dopiero po drugim wyborze najkorzystniejszej oferty to jest w dniu 30 listopada 2015 roku gdy zajął drugie miejsce w rankingu ofert. W pierwotnym wyborze ofert odwołujący zajął trzecią pozycję.

W ocenie Izby sytuacja prawna i roszczeniowa odwołującego nie uległa zmianie w stosunku do pierwotnej sytuacji to jest istniejącej w dniu 11 sierpnia 2015 roku, kiedy to zamawiający ogłosił pierwszy wybór najkorzystniejszej oferty.

Istnienie naruszeń przy ocenie ofert ma charakter obiektywnie istniejący i nieprawidłowości podnoszone przez pozostałych wykonawców zarówno wobec wykonawcy na pierwszym miejscu jak i na drugim miejscu jak i na dalszych miejscach istniały już przy pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty. Pozostali wykonawcy złożyli odwołania z dalszych pozycji rankingowych w porównaniu z pozycją rankingową odwołującego. W związku z powyższym

naruszenie interesu w uzyskaniu zamówienia istniało już przy pierwszym wyborze oferty to jest w dniu 11 sierpnia 2015 roku i termin do wniesienia odwołania upłynął w dniu 21 sierpnia 2015 roku. W związku z tym wniesienie odwołania w dniu 10 grudnia 2015 roku to jest po drugim wyborze najkorzystniejszej oferty jest spóźnione w kontekście art.182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

Reasumując należy stwierdzić, że kolejne wybory najkorzystniejszej oferty nie mogą stanowić podstawy do przedłużenia obowiązującego w tym wypadku 10 dniowego terminu na wniesienie odwołania, jeżeli z okoliczności faktycznych i prawnych wynika, że podnoszone nieprawidłowości w ofertach istniały i mogły być stwierdzone w związku z pierwszym wyborem najkorzystniejszej oferty.

W tym stanie rzeczy odwołanie podlega obrzuceniu na podstawie art.189 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. i § 3 i § 5 ust.3 pkt 1 i ust.4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41 poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł. uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego wynagrodzenie dla pełnomocnika zamawiającego na podstawie przedłożonej faktury Vat na kwotę 3.600,00 złotych.

Przewodniczący: