

POSTANOWIENIE
z dnia 10 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 10 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 30 stycznia 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: Safege S.A. (lider) oraz Biuro Realizacji Inwestycji Koltech Inwestor Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 92000 Nanterre, Francja** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale:

- A. **wykonawcy TPF Sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. **wykonawcy Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. odrzuca odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: Safège S.A. (lider) oraz Biuro Realizacji Inwestycji Koltech Inwestor Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 92000 Nanterre, Francja i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: Safège S.A. (lider) oraz Biuro Realizacji Inwestycji Koltech Inwestor Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 92000 Nanterre, Francja tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: Safège S.A. (lider) oraz Biuro Realizacji Inwestycji Koltech Inwestor Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 92000 Nanterre, Francja 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 zero 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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej „zamawiający”) na *Zarządzanie i nadzór nad modernizacją linii kolejowej nr 226 Pruszcz Gdański – Gdańsk Port Północny na odcinku od km 1,329 do km 13,550 w ramach projektu POIiŚ 7.2-4.1 „Projekt poprawy dostępu kolejowego do Portu Gdańsk (most + dwutorowa linia kolejowa)”* [ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 czerwca 2014 r. pod nr 2014/S 110-194465] wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: SAFEGE S.A. (Francja) oraz Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o. [dalej „odwołujący”] złożyli odwołanie wobec:

1. czynności badania i oceny ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. (dalej „wykonawca Egis”),
2. zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: Egis oraz TPF Sp. z o.o. z (dalej „wykonawca TPF”) z powodu złożenia ofert, których treść nie odpowiada treści SIWZ,
3. z ostrożności – zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Egis oraz TPF z powodu złożenia ofert zawierających rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Egis oraz TPF jako, ofert które nie odpowiadają treści SIWZ,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Egis oraz TPF z powodu złożenia ofert zawierających rażąco niską cenę,
3. a związku z powyższym również art. 7 ust. 3, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Egis niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Egis,
2. dokonania ponownego badania i poprawnej oceny ofert wykonawców Egis oraz TPF, poprzez odrzucenie ich ofert oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zgodnie z postanowieniem pkt 19.8 SIWZ jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu została ustanowiona cena (znaczenie – 100%).

Odwołujący zaoferował trzecią w kolejności najniższą cenę (najniższą cenę zaoferował wykonawca Egis, drugą w kolejności najniższą cenę zaoferował wykonawca TPF).

W wyniku badania i oceny ofert (informacja o wynikach postępowania z dnia 15 października 2014 r.) zarówno oferta wykonawcy Egis, jak i wykonawcy TPF została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarówno wykonawca Egis, jak i wykonawca TPF złożył odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Nadto zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje zarówno od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak i od zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp (i wyłącznie od nich).

Odwołujący, pismem z dnia 30 stycznia 2015 r., wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tej samej dacie, złożył odwołanie wobec zaniechania czynności odrzucenia ofert wykonawców: Egis oraz TPF z powodu złożenia ofert, których treść nie odpowiada treści SIWZ (pkt 2 odwołania) [decyzja zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia ofert wykonawców: Egis i TPF z powodu niezgodności ich treści z treścią SIWZ pozostawała w toku postępowania bez zmian – wyrokiem z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2224/14 i KIO 2230/14 Izba nakazała wprawdzie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, ale w jej ramach – adekwatnie do zaskarżonych przez wykonawców: Egis i TPF czynności – nastąpić miała jedynie weryfikacja błędnej decyzji zamawiającego co do zaoferowania przez tych wykonawców cen rażąco niskich, opartej na błędnej ocenie złożonych przez obu wykonawców wyjaśnień).

Z ostrożności (jak wskazał) odwołujący złożył ww. odwołanie wobec zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Egis i TPF z powodu złożenia ofert zawierających rażąco niską cenę (pkt 3 odwołania). Odwołanie zostało także złożone wobec wyboru oferty

wykonawcy Egis jako najkorzystniejszej w ramach ponowionej czynności badania i oceny ofert.

Skład orzekający Izby uznał, że zarzut z pkt 2 odwołania jest zarzutem spóźnionym.

Informację stanowiącą podstawę do kwestionowania działań zamawiającego w tym zakresie zamawiający przesłał odwołującemu w dniu 15 października 2014 r., kiedy to w ramach informacji o wynikach przedmiotowego postępowania wskazał także, że tak oferta wykonawcy Egis, jak i oferta wykonawcy TPF została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (pkt IV ppkt 1 i 2 informacji). Informacja, że oferty wykonawców: Egis i TPF zostały odrzucone „jedynie” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp, tj. z tego powodu, że każda z nich zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia była jednocześnie informacją, że zamawiający nie znalazł podstaw do ich odrzucenia na podstawie żadnej innej z przesłanek ustawowych, o których mowa w art. 89 ustawy Pzp.

O ile powyższa ocena ofert wykonawców: Egis i TPF (treści tych ofert) dokonana przez zamawiającego w szczególności pod kątem zgodności z treścią SIWZ nie była prawidłowa (nie była zgodna z przepisami ustawy Pzp), a odwołujący był zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, to winien – w celu ochrony swojego interesu w uzyskaniu zamówienia – złożyć odwołanie wobec zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia ofert ww. wykonawców z powodu niezgodności ich treści z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na posiedzeniu odwołujący stanął na stanowisku, że nie było to możliwe, ponieważ nie był wówczas uprawniony do złożenia odwołania, ponieważ jego oferta została, pismem zamawiającego z dnia 15 października 2014 r., uznana za najkorzystniejszą i wybrana.

W ocenie składu orzekającego Izby poczynszy od dnia 5 października 2014 r. odwołujący miał możliwość oceny, jakie środki ochrony prawnej winien podjąć w celu ochrony swojego interesu w uzyskaniu zamówienia, jeżeli uzyskaniem przedmiotowego zamówienia był zainteresowany.

Ocena ta winna doprowadzić odwołującego do wniosku, że ochrona jego interesu w uzyskaniu tego zamówienia wymagała (w sytuacji, gdy oferty obu ww. wykonawców zawierają ceny niższe od ceny ofertowej odwołującego, a cena stanowi jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej oraz w sytuacji, gdy odwołujący nie mógł wykluczyć uwzględnienia ewentualnych odwołań obu tych wykonawców wobec odrzucenia ich ofert) nie tylko zgłoszenia przystąpień do postępowań odwoławczych wywołanych wniesieniem ewentualnych odwołań przez wykonawców: Egis i TPF, ale także wniesienia własnego

odwołania wobec zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia ofert tych wykonawców z powodu niezgodności ich treści z treścią SIWZ, czego nie uczynił, poprzestając na ochronie swojego interesu w uzyskaniu zamówienia opartej na ryzyku, że odwołania obu wykonawców zostaną oddalone.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że odwołujący mógł zgłosić zarzut zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: Egis i TPF jedynie w terminie 10-ciu dni od dnia 15 października 2014 r., tj. do dnia 25 października 2014 r.

Odwołujący uczynił to dopiero w odwołaniu wniesionym w dniu 30 stycznia 2015 r., wobec czego skład orzekający Izby uznał, że zarzut z pkt. 2 odwołania jest spóźniony.

O ile zamawiający może na każdym etapie postępowania do podpisania umowy badać podstawy do odrzucenia ofert wykonawców (w przedmiotowym postępowaniu badanie podstaw do odrzucenia ofert wykonawców: Egis i TPF pod kątem zgodności ich treści z treścią SIWZ nastąpiło w ramach oceny ofert, o której wynikach informację zamawiający przesłał wykonawcom w dniu 15 października 2014 r.), o tyle uprawnienie wykonawców w tym zakresie zostało ograniczone ustanowionymi terminami na wniesienie odwołania. Termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym, nie podlegającym przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Skład orzekający Izby uznał także, że odwołanie – poprzez podniesiony zarzut z pkt. 3 odwołania – dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 6 listopada 2014 r. zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 2224/14 i KIO 2230/14 (dalej „wyrok z dnia 6 listopada 2014 r.”).

W odwołaniach wniesionych w dniu 24 października 2014 r. przez wykonawców: Egis i TPF czynnością zaskarżoną była:

- nieprawidłowa ocena wyjaśnień złożonych przez odwołującego i jej konsekwencja w postaci odrzucenia oferty odwołującego; odwołujący zażądał unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i ponowienia czynności badania i oceny ofert (odwołanie TPF),
- odrzucenie („decyzja o odrzuceniu”) oferty odwołującego oraz błędna ocena wyjaśnień odwołującego i błędne przyjęcia zaoferowania przez odwołującego ceny rażąco niskiej – odwołujący zażądał dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego (odwołanie Egis).

W sentencji wyroku z dnia 6 listopada 2014 r. Izba uwzględniła odwołania wykonawców: Egis i TPF oraz nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia ofert obu tych wykonawców, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, co było konsekwencją rozstrzygnięcia, że wyjaśnienia złożone przez obu wykonawców w następstwie czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do ich złożenia odpowiadały wezwaniom (str. 9), a w dalszej kolejności, że brak było podstaw do przyjęcia, że ceny ofert wykonawców: Egis i TPF są niewiarygodne i nierealistyczne do cen rynkowych podobnych zamówień (str. 10). [W świetle powyższego twierdzenie odwołującego, że kognicja Izby objęła jedynie aspekt ogólnikowości wyjaśnień nie znajduje potwierdzenia].

W dniu 21 stycznia 2015 r. zamawiający przesłał odwołującemu informację o wynikach ponowionej w wyniku wykonania wyroku Izby z dnia 6 listopada 2014 r. czynności zamawiającego, tj. o wyborze oferty wykonawcy Egis jako najkorzystniejszej (znajdujący umocowanie w art. 91 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący nie kwestionował zgodnego z treścią wyroku Izby z dnia 6 listopada 2014 r. wykonania przez zamawiającego ponowionej czynności.

Odwołujący podniósł natomiast zarzut zaniechania odrzucenia przez zamawiającego ofert obu ww. wykonawców z powodu złożenia ofert zawierających rażąco niskie ceny, żądając ich odrzucenia z tego powodu, podczas gdy Izba w wyroku z dnia 6 listopada 2014 r. negatywnie rozstrzygnęła istnienie podstaw do odrzucenia tych ofert z powodu zaoferowania cen rażąco niskich, wobec czego skład orzekający Izby uznał, że zarzut z pkt 2 odwołania dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 6 listopada 2014 r. Dostrzeżenia przy tym wymaga istotna okoliczność, że odwołujący nie zakwestionował granic, skierowanych do obu wykonawców w dniu 5 sierpnia 2014 r. wezwań (co było możliwe w terminie wskazanym w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp), zatem uznał te wezwania zamawiającego za prawidłowe – wystarczające do ustalenia charakteru cen, które obaj wykonawcy zawarli w swoich ofertach. Wobec tego odmówić należy odwołującemu prawa do dalszego ich kwestionowania. [Nie można zatem by uznać prezentowanej przez odwołującego argumentacji opartej na nieadekwatności wyjaśnień do wezwań („Nieuwzględnienie tych oraz innych ryzyk kontraktowych w kalkulacji ceny oferty i nie wykazanie tego w złożonych wyjaśnieniach prowadzi do wniosku o słuszności decyzji Zamawiającego wykluczenia wybranych wykonawców z postępowania, gdyż cena ich oferty będzie ceną, która nie będzie dawać rękojmi należytego wykonania umowy”– str. 12 odwołania].

Ponieważ skład orzekający Izby ustalił, iż odwołujący został powiadomiony przez zamawiającego o wniesieniu (w dniu 24 października 2014 r.) odwołań przez wykonawców: Egis i TPF i wezwany w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp do zgłoszenia przystąpień, a także że obecny odwołujący złożył zgłoszenie przystąpienia w obu sprawach, to stanowi to dodatkową okoliczność obliigującą skład orzekający Izby do odrzucenia odwołania na podstawie art. 185 ust. 6 ustawy Pzp.

Wskazany przepis nie dopuszcza bowiem możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby, przez wykonawcę wezwanego zgodnie z ust. 1 art. 185 ustawy Pzp.

Fakt, że przystąpienia okazały się nieskuteczne pozostaje bez znaczenia (art. 185 ust. 6 ustawy Pzp referuje do wezwania wykonawcy do przystąpienia do postępowania odwoławczego, nie zaś do skuteczności przystąpienia wykonawcy do postępowania odwoławczego).

Uwzględniając, powyższe, tj. że zarzut z pkt. 2 odwołanie jest spóźniony, do pkt. 3 zastosowanie znajduje art. 189 ust. 2 pkt 5 oraz art. 185 ust. 6 ustawy Pzp, zaś zarzut z pkt. 1 dotyczy konsekwencji czynności wykonanej zgodnie z wyrokiem Izby (w przypadku, którego odwołujący nie zaprezentował zresztą żadnej argumentacji) skład orzekający Izby uznał jednocześnie, że wniesione w dniu 30 stycznia 2015 r. odwołanie, na które zarzuty te się składały zostało wniesione po upływie terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz z naruszeniem art. 189 ust. 2 pkt 5 oraz art. 185 ust. 6 ustawy Pzp, co obliiguje skład orzekający Izby do jego odrzucenia.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także w oparciu o przepisy § 5 ust. 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).

Przewodniczący: