

Sygn. akt: KIO 1506/15

POSTANOWIENIE
z dnia 23 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 23 lipca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2015 r. przez **wykonawcę Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Podkarpacka 59A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa, reprezentowane przez Zarząd Transport Miejskiego w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego, działa Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wilczy Dół 5**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000zł. 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Podkarpacka 59A** tytułem wpisu od odwołania

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Wykonanie robót niezbędnych do wykonania: Zadania nr 1: a) Budowa II linii metra w Warszawie —I etap realizacji odcinka zachodniego — od szlaku za stacją C9 „Rondo Daszyńskiego” do torów odstawczych za stacją C6; b) Projektów Wykonawczych, Planu Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia, dokumentacji powykonawczej, Instrukcji obsługi i konserwacji w zakresie określonym w PFU wraz z załącznikami; uzupełnienie Planu Ruchu Zakładu Górniczego i wniosku o jego zatwierdzenie przekazanego Wykonawcy przez Zamawiającego, jak również uzyskanie zatwierdzenia powyższego Planu przez właściwy organ nadzoru górniczego lub Zadania nr 2: a) Budowa II linii metra w Warszawie - I etap realizacji odcinka wschodniego-północnego - od szlaku za stacją C15 „Dworzec Wileński” do torów odstawczych za stacją C18; b) Projektów Wykonawczych, Planu Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia, dokumentacji powykonawczej, Instrukcji obsługi i konserwacji w zakresie określonym w PFU wraz z załącznikami; uzupełnienie Planu Ruchu Zakładu Górniczego i wniosku o jego zatwierdzenie przekazanego Wykonawcy przez Zamawiającego, jak również uzyskanie zatwierdzenia powyższego Planu przez właściwy organ nadzoru górniczego zostało wszczęte przez zamawiającego ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 201 – 353978 w dniu 18 października 2014r.

W dniu 7 lipca 2015r. zamawiający opublikował treść siwz uwzględniającą dokonane wcześniej modyfikacje oraz zmienił zasady dowodzenia możliwości korzystania z zasobów innych podmiotów w taki sposób, że pkt 6.3. nadał treść:

Wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów (wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych), niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów w celu udziału w wykonaniu części zamówienia, zawierające zakres czynności, które podmioty te zobowiązują się wykonać. Powyższe zobowiązanie lub inne dokumenty na podstawie których wykonawca udowadnia, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia powinny zawierać: zakres (opis) dostępnych wykonawcy zasobów i sposobu wykorzystania zasobów przy wykonaniu zamówienia, określenie charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym

podmiotem oraz określenie zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W pkt. 6.4. zmienionego siwz zamawiający postanowił, że jeżeli wykonawca wykazuje spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający żąda wykazania za pomocą dokumentów wymienionych w pkt 6.2 ppkt. 1-7) siwz, iż w stosunku do tych podmiotów nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy.

W dniu 16 lipca 2015r. zamawiający wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 7 marca 2014r. udzielonego przez prezesa i członka zarządu upoważnionych do reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 15 lipca 2015r. faksem i drogą elektroniczną.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na bezprawnej, rozszerzającej zmianie zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) odnoszących się do okoliczności, w których wykonawcy są zobowiązani do złożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania wobec podmiotów udostępniających potencjał, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 oraz art 25 ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478 – dalej ustawy) w związku z przepisem § 3 ust 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku, w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz art. 138 c ust. 1 pkt 2 ustawy;
- 2) zaniechaniu czynności opublikowania wprowadzonych zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 oraz art. 38 ust 4a pkt 2 ustawy.

Wniósł o:

1. Unieważnienie czynności zmiany siwz w zakresie objętym odwołaniem;
2. Nakazanie przedłużenia terminu do złożenia ofert;
3. W przypadku, gdyby ogłoszenie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej nastąpiło po upływie terminu do złożenia ofert - nakazanie unieważnienia postępowania.

Odwołujący wskazał, że w pierwotnym brzmieniu siwz w punkcie 6.4 SIWZ, (punkcie III.2.1) 6.4 ogłoszenia o zamówieniu) podążając za przepisem § 3 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku, w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane,

zamawiający zapisał: „Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art 26 ust 2b ustawy, Zamawiający żąda wykazania za pomocą dokumentów, o których mowa w punkcie 6.2 ppkt 1-7 SIWZ, iż w stosunku do tych podmiotów nie zachodzą okoliczności opisane w art 24 ust 1 ustawy pzp o ile podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia.”

W dniu 7 lipca 2015 roku, zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej plik zawierający zmienioną treść siwz. Jedną z zmian, polegała na wykreśleniu w punkcie 6.4 siwz słów „o ile podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia.” Zmiana ta została dokonana, w ocenie odwołującego, z naruszeniem przepisu § 3 ust. 4 Rozporządzenia, a także art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy. Ustawa ani Rozporządzenie nie zawierają żadnych przepisów prawa, które legitymowałyby wprowadzoną przez zamawiającego zmianę. Co prawda art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy pozwala zamawiającemu żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków, jednak dokonana zmiana wykracza poza jego delegację.

Zmiana ta wprowadza bowiem żądanie konkretnych, wymienionych już w Rozporządzeniu dokumentów (a nie dokumentów nowych, w Rozporządzeniu nie wymienionych) w odniesieniu do podmiotów, wobec których zgodnie z treścią Rozporządzenia, złożenie takich dokumentów nie jest obowiązkowe. Działanie takie jest ekspozycją rozszerzającej interpretacji przepisu art 138 c ust. 1 pkt 2 ustawy. Szczegółowy zakres jego stosowania a konkretnie zakaz stosowania takiej rozszerzającej interpretacji, potwierdziła w swym orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 maja 2011 roku, Sygn. akt KIO 953/11.

Dokonana przez zamawiającego zmiana wprowadza, w ocenie odwołującego, niedozwolone prawem, dyskryminacyjne warunki korzystania z potencjału podmiotów trzecich. Działanie zamawiającego wykracza znacznie poza literę, a także uchybia celowi stosowania prawa. Celem, dla którego odnośny zapis Rozporządzenia uprawnił zamawiającego do żądania załączania do oferty dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. i dla podmiotów, które udostępniają potencjał wykonawcom było zapobieżenie „zastępczej” realizacji zamówienia przez podmioty, które w sytuacji samodzielnego ubiegania się o udzielenie zamówienia - zostałyby wykluczone z postępowania. W przypadku, gdy podmiot, który udostępnia zasoby, nie będzie realizował żadnej konkretnej części zamówienia, takie zastępcze wykonanie nie nastąpi. Działanie zamawiającego nie znajduje żadnego uzasadnienia merytorycznego ani funkcjonalnego. Jeżeli podmiot udostępniający zasoby nie będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia, bez znaczenia pozostaje, czy

wobec takiego podmiotu występują pierwotne przesłanki wykluczenia z postępowania czy też nie. Wprowadzenie omawianego żądania przez zamawiającego pozostaje bez związku z przedmiotem zamówienia (vide art. 22 ust. 4 ustawy). Moment jego wprowadzenia, znacząco utrudnia pozyskanie dokumentów od podmiotów udostępniających potencjał.

Zmiana narusza przepisu ustawy wskazane w treści zarzutów i uzasadnienia odwołania.

Niezależnie od powyższego odwołujący podniósł, zgodnie z treścią art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Do dnia wniesienia odwołania, to jest w ciągu dziewięciu dni od daty opublikowania zmiany treści siwz na stronie internetowej zamawiającego, nie ukazało się ogłoszenie dotyczące wprowadzonych zmian.

Zaniechanie przekazania sprostowania ogłoszenia do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej narusza przepisy art. 38 ust. 4a pkt. 2 ustawy.

Dokonane przez zamawiającego naruszenia przepisów ustawy, zdaniem odwołującego mogą wywrzeć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania, dlatego wniesienie przedmiotowego odwołania jest konieczne i uzasadnione.

Odwołujący wskazał, że jego interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku w wyniku wadliwych czynności i zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności prawem przepisanych, do wykonania których był zobowiązany. W przypadku pozostawienia obecnego stanu sprawy odwołujący może mieć trudności z przygotowaniem oferty. W przypadku zaś jej skutecznego złożenia, pomimo ewentualnego uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą, moglibyśmy utracić możliwość realizacji zamówienia w wyniku kontroli uprzedniej postępowania. Wskazane w treści zarzutów czynności i zaniechania zamawiającego, obarczają bowiem postępowanie nieusuwalną wadą prawną, której stwierdzenie po złożeniu ofert lub nawet po wyborze najkorzystniejszej oferty, może skutkować koniecznością unieważnienia postępowania

W dniu 20 lipca 2015r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie.

Zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w całości.

Jednocześnie wskazał, że zadośćuczynił żądaniom odwołującego, gdyż w dniu 7 lipca 2015r. przekazał zmianę ogłoszenia o zamówieniu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, a informacje o zmianach zawarte zostały w pismach 16 i 17 przekazanych wykonawcom w

dniu 7 lipca 2015r. i zamieszczone na stronie zamawiającego. Nadto zamawiający dokonał stosownej zmiany siwz oraz wydłużył termin do składania ofert, na dowód czego do odpowiedzi na odwołanie załączył kopię pisma nr 18 wraz z potwierdzeniem przekazania zmiany ogłoszenia o zamówieniu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej. Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez dwóch członków zarządu Metra Warszawskiego sp. z o.o., która działała w imieniu zamawiającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 stycznia 2014r.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego nie nastąpiło.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowań odwoławczych.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołujących na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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: