

Sygn. akt: KIO 35/17

WYROK

z dnia 19 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia br. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TRANSPROJEKT GDAŃSKI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku i WUPROHYD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mosty Gdańsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku i PROJMORS Biuro Projektów Budownictwa Morskiego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TRANSPROJEKT GDAŃSKI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku i WUPROHYD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni 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: TRANSPROJEKT GDAŃSKI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku i WUPROHYD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TRANSPROJEKT GDAŃSKI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku i WUPROHYD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni na rzecz Dyrektora Urzędu

Morskiego w Gdyni kwotę 3 917 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset siedemnaście złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej i kosztu dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Wykonanie dokumentacji projektowej dotyczącej budowy drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym z dnia 1 października 2016 r., poz. 2016/S 190-340806. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 2 stycznia 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TRANSPROJEKT GDAŃSKI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku i WUPROHYD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

„1) naruszenie art. 90 ust. i oraz 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i nie wezwanie konsorcjum w składzie Mosty Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, „PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie odrzucenie oferty konsorcjum w składzie Mosty Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, „PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 23 ust. 5 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i nie wykluczenie konsorcjum w składzie Mosty Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, „PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą;

4) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i nie wykluczenie konsorcjum w składzie Mosty Gdańsk Sp. z o.o.

z siedzibą w Gdańsku, „PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą;

5) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i nie wykluczenie konsorcjum w składzie Mosty Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, „PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą.”

W konsekwencji Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

„1) unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 22 grudnia 2016 r. polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty,

2) dokonanie ponownej oceny ofert,

3) odrzucenie oferty konsorcjum w składzie Mosty Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, „PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

4) wykluczenie konsorcjum w składzie Mosty Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, „PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą,

ewentualnie

5) wezwanie konsorcjum w składzie Mosty Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, „PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.”.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Mosty Gdańsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku i PROJMORS Biuro Projektów Budownictwa Morskiego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy stwierdzić, że Izba rozpatruje odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów zakreślonych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych). Zarzut składa się z podstawy faktycznej i prawnej. Podstawę prawną można wywieść z odpowiednio opisanej podstawy faktycznej, zatem ewentualne nieścisłości czy niekonsekwencje w określeniu podstawy prawnej nie mają znaczenia dla możliwości rozpatrzenia zarzutu. Natomiast nie można uzupełnić braków w podstawie faktycznej zarzutów – po upływie terminu na wniesienie odwołania można jedynie przedstawiać dowody na poparcie okoliczności wskazanych w odwołaniu. W ocenie składu orzekającego nie można jednak po upływie terminu na wniesienie odwołania wskazywać nowych podstaw faktycznych zarzutów – stanowiłoby to rozszerzenie zarzutów odwołania i prowadziłoby do obejścia przepisów o terminach na wniesienie odwołania. Ponadto zakreślenie podstawy faktycznej zarzutów w odwołaniu ma również doniosłe znaczenie o tyle, że Zamawiający po zapoznaniu się z zarzutami odwołania może je uwzględnić – stąd konieczne wyczerpujące i kompletne przedstawienie zarzutów już w odwołaniu. W konsekwencji to właśnie podstawy faktyczne odwołania stanowią granice rozpoznania odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba analizowała kolejno zarzuty odwołania.

I tak, Odwołujący podnosił naruszenie art. 90 ust. i oraz 90 ust. 1a pkt 1) Prawa zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący argumentował w odwołaniu, że zaoferowana przez zwycięskie konsorcjum cena jest niższa o więcej, niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT, Zamawiający miał zatem zdaniem Odwołującego obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej.

Na rozprawie Odwołujący przyznał, że wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie było obowiązkowe i cena najkorzystniejszej oferty nie była niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzut postawiony w odwołaniu był chybiony.

Ponadto Odwołujący zarzucał naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do tak postawionego zarzutu Izba stwierdziła, że nie można odrzucić oferty na podstawie rażąco niskiej ceny bez uprzedniego wezwania do złożenia w tej kwestii wyjaśnień. Odwołujący nie wykazał, że takie wezwanie było konieczne, w ocenie Izby nie uprawdopodobnił również, że cena zaoferowana w ofercie Przystępującego została zaoferowana na poziomie rażąco niskim. Cena oferty Przystępującego była zbliżona do wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego z należytą starannością (z czym Odwołujący zdawał się polemizować na rozprawie, jednak zarzutu w tym zakresie nie podniósł w odwołaniu w stosownym terminie), cena oferty Odwołującego znacznie ją przekraczała. W konsekwencji Izba oddaliła zarzut.

Odwołujący zarzucał także naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12) Prawa zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 4 w zw. z art. 23 ust. 5 Prawa zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Przystępującego jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu z dwóch powodów. Po pierwsze, w ocenie Odwołującego Zamawiający w SIWZ wymagał doświadczenia od każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „samodzielnie” w tym rozumieniu, że jeżeli wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, to nie mogą posługiwać się (w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu) doświadczeniem podmiotu trzeciego, a jedynie własnym. W ocenie Izby taka interpretacja, proponowana przez Odwołującego, jest niezgodna z przepisami Prawa zamówień publicznych, bowiem nie można ograniczyć prawa wykonawcy do posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego z tego powodu, że zamierza on złożyć ofertę wspólną z innym podmiotem. W konsekwencji Izba zarzut oddaliła.

Po drugie, Odwołujący podnosił również, że Przystępujący nie wykazał się odpowiednim doświadczeniem w realizacjach, które „oddziałują na środowisko morskie”, przy czym Odwołujący podawał własną definicję takiego oddziaływania. Zamawiający nie zdefiniował „oddziaływania na środowisko morskie” w opisie warunku udziału w postępowaniu, brak także takiej definicji w przepisach prawnych – dlatego Izba uznała, że brak podstaw do zawężającej interpretacji warunku proponowanej przez Odwołującego (ewentualne braki w precyzyjnym opisie warunku udziału w postępowaniu należy interpretować na korzyść wykonawcy składającego ofertę) i zarzut oddaliła.

Wskazując w odwołaniu na naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Przystępującego jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący podał uzasadnienie faktyczne tak sformułowanego zarzutu

w następujący sposób: „W ocenie Odwołującego, konsorcjum w składzie Mosty Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, „PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku nie przedłożyło w wymaganym terminie właściwych Informacji z Krajowego Rejestru Karnego.”.

Nie było sporne, że Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uzupełnił dokumenty w wyznaczonym terminie. Wszelkie inne dywagacje Odwołującego na rozprawie odnośnie ewentualnych braków w zaświadczeniach z KRK (które w żaden sposób nie zostały sprecyzowane w odwołaniu) w ofercie Przystępującego stanowiły zdaniem składu orzekającego rozszerzenie zarzutów podniesionych w rozpatrywanym odwołaniu, dlatego leżały poza granicami rozpoznania.

Konkludując, Izba rozpatrując odwołanie w granicach zarzutów w nim postawionych nie dopatrzyła się przywoływanych w odwołaniu naruszeń Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....