

Sygn. akt: KIO 279/17

Sygn. akt: KIO 280/17

WYROK
z dnia 23 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Barbara Bettman

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 13 lutego 2017 r. przez wykonawcę: R. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „ROKAM II” R. R. Koźmice 14 z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich (sygn. akt KIO 279/17);
- B. w dniu 13 lutego 2017 r. przez wykonawcę R. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „ROKAM II” R. R. Koźmice 14 z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich (sygn. akt KIO 280/17),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Miejską Dzierżoniów z siedzibą w Dzierżoniowie na:

- 1) Wykonanie robót budowlanych polegających na realizacji zadania pn. Przebudowa ulicy Złotej od ulicy Akacyjowej do granic miasta wraz z ulicami przyległymi – drogi

integracyjnej z drogą wojewódzką 382 i drogą powiatową – część II – Przebudowa ulicy Akacjowej, (KIO 279/17),

- 2) Wykonanie robót budowlanych polegających na realizacji zadania pn. Przebudowa ulicy Złotej od ulicy Akacjowej do granic miasta wraz z ulicami przyległymi – drogi integracyjnej z drogą wojewódzką 382 i drogą powiatową – część I – Przebudowa ulicy Złotej, (KIO 280/17),

przy udziale:

wykonawcy – Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 279/17; KIO 280/17

orzeka:

1. **Uwzględnia oba odwołania (KIO 279/17, KIO 280/17) i nakazuje Zamawiającemu – w części I oraz części II zamówienia - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert , unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,**
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Gminę Miejską Dzierżoniów z siedzibą w Dzierżoniowie i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisów od odwołań, w tym:
 - A) kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: R. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „ROKAM II” R. R. Koźmice 14 z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich tytułem wpisu od odwołania (KIO 279/17);
 - B) kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: R. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „ROKAM II” R. R. Koźmice 14 z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich tytułem wpisu od odwołania (KIO 280/17);

2) zasądza od Zamawiającego: Gminy Miejskiej Dzierżoniów z siedzibą w Dzierżoniowie na rzecz Odwołującego: wykonawcy R. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „ROKAM II” R. R. Koźmice 14 z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony, w tym:

A) kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy R. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „ROKAM II” R. R. Koźmice 14 z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu (KIO 279/17);

B) kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy R. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „ROKAM II” R. R. Koźmice 14 z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu (KIO 280/17);

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Świdnicy**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 279/17

Sygn. akt: KIO 280/17

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Miejska Dzierżoniów z siedzibą w Dzierżoniowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Wykonanie robót budowlanych polegających na realizacji zadania pn: Przebudowa ulicy Złotej od ulicy Akacyjowej do granic miasta wraz z ulicami przyległymi – drogi integracyjnej z drogą wojewódzką 382 i drogą powiatową*” z podziałem na dwie części: *Przebudowa ulicy Złotej – część I, Przebudowa ulicy Akacyjowej – część II.*

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 stycznia 2017 r. nr 3070-2017.

W dniu 8 lutego 2017 r. Zamawiający powiadomił wykonawcę R. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „ROKAM II” R. R. Koźmice 14 z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich o wykluczeniu go z postępowania (dla części I i części II zamówienia) wobec wprowadzenia Zamawiającego w błąd na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Odwołania o sygn. akt: KIO 279/17 oraz KIO 280/17

Wykonawca R. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: „ROKAM II” R. R. Koźmice 14 z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 13 lutego 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołania wobec wykluczenia z postępowania dla dwóch części zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Odwołujący w obu odwołaniach zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (dla obu części zamówienia),

unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz uznania oferty Odwołującego za odrzuconą, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego

W dniu 8 lutego 2017 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, ofertę wykonawcy R. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „ROKAM II” R. R. Koźmice 14 z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba rozpoznała łącznie oba odwołania w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w tym przedmiocie. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z rozpoznawanych odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne ich rozpoznanie wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także, iż Odwołujący spełnia przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Decyzja Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego pozbawia go możliwości ubiegania się o zamówienie a potwierdzenie się zarzutów odwołań dotyczących oferty Odwołującego dałoby wykonawcy możliwość uzyskania zamówienia.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania dotyczącego obu złożonych odwołań po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu po stronie Zamawiającego (które wpłynęły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2017 r.) (zwanym dalej: „Przystępującym”).

Izba ustaliła również, że do niniejszego postępowania dotyczącego obu złożonych odwołań po stronie Odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Eurovia Polska S. A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich. Izba nie potwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień wykonawcy Eurovia Polska S. A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich po

stronie Odwołującego (które wpłynęły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2017 r.), z uwagi na brak interesu w przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Izba – biorąc pod uwagę niniejszy stan faktyczny - uznała, iż oferta wykonawcy Eurovia Polska S. A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich została odrzucona w następstwie wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w przedmiotowym postępowaniu, a podmiot ten nie wniósł odwołania od decyzji Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożono przystąpienie wymaga, by ewentualne rozstrzygnięcie postępowania odwoławczego rzutowało w sposób pozytywny na pozycję podmiotu zgłaszającego przystąpienie w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – co nie ma miejsca w przypadku tego wykonawcy. Zauważenia wymaga, że wykluczenie wykonawcy na tej samej podstawie prawnej nie oznacza automatycznie tożsamość podstawy faktycznej zarzutu, gdyż zarzut to nie tylko okoliczności prawne wskazane w odwołaniu, ale również okoliczności faktyczne (substrat okoliczności faktycznych i prawnych). Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do uznania, że wykonawca Eurovia Polska S. A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłosił przystąpienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *Wykonanie robót budowlanych polegających na realizacji zadania pn: Przebudowa ulicy Złotej od ulicy Akacjowej do granic miasta wraz z ulicami przyległymi – drogi integracyjnej z drogą wojewódzką 382 i drogą powiatową” z podziałem na dwie części: Przebudowa ulicy Złotej – część I, Przebudowa ulicy Akacjowej – część II.*

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/41/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że m. in. Odwołujący jak i Przystępujący Johnson & Johnson złożyli oferty w niniejszym postępowaniu:

1. wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – liczba punktów uzyskanych: 100 pkt – oferta najkorzystniejsza,
2. wykonawca Eurovia Polska S. A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich – wykonawca wykluczony, oferta odrzucona,
3. wykonawca „ROKAM II” R. R. Koźmice 14 z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich – wykonawca wykluczony, oferta odrzucona.

/dokumentacja postępowania: Ogłoszenie o wyniku postępowania z dnia 8 lutego 2017 r./.

Zamawiający w dniu 8 lutego 2017 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Zamawiający wykluczył również wykonawcę „ROKAM II” R. R. Koźmice 14 z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz wykluczenie wykonawcy „ROKAM II” R. R. Koźmice 14 z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich z dnia 8 lutego 2017 r. /.

Od niniejszej czynności Zamawiającego w dniu 13 lutego 2017 r. wykonawca „ROKAM II” R. R. Koźmice 14 z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich wniósł odwołania wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z postępowania (w części I i II zamówienia).

/dokumentacja postępowania: Odwołania wykonawcy „ROKAM II” R. R. Koźmice 14 z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich z dnia 13 lutego 2017 r. /.

Pismem z dnia 17 lutego 2017 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 17 lutego 2017 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołania o sygn. akt: KIO 279/17 oraz KIO 280/17

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołania są zasadne i zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby - oceniając zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z ww. postępowania – należało wziąć pod uwagę następujące okoliczności:

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp Zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Zamawiający niezasadnie dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania dla obu części zamówienia, uznając że istnieją podstawy do przyjęcia, że nastąpiło – omówione wyżej - wprowadzenie Zamawiającego w błąd. W ocenie Izby argumentacja przedstawiana przez Zamawiającego na rozprawie – jak również w odpowiedzi na odwołanie – nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko argumentacją, iż ww. wykonawca - biorąc pod uwagę poprzednie doświadczenia Zamawiającego, jak również innych jednostek - nie będzie w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia, o który się ubiega. W ocenie Zamawiającego, biorąc pod uwagę treść formularza ofertowego, w którym należało złożyć stosowne oświadczenia o samooczyszczeniu Odwołujący zataił istotne fakty dotyczące realizacji zamówień, w których brał udział i nie składając oświadczenia co do samooczyszczenia wprowadził Zamawiającego w błąd, wobec tego Zamawiający uznał, że zaistniały podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, że zaistniały podstawy do wykluczenia ww. wykonawcy w oparciu o omawianą podstawę prawną. Zamawiający wykluczając wykonawcę - zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem - postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradiktoryjnym, a zatem strony są zobowiązane do przedstawiania dowodów na poparcie twierdzeń, z których wywodzą skutki prawne, w tym również Zamawiający wykluczający wykonawcę z postępowaniu w oparciu o przesłanki zawarte w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Ponadto jasnym jest również, że ewentualne wątpliwości Zamawiającego nie mogą stanowić podstawy wykluczenia – w szczególności w taki sposób jak uczynił to Zamawiający. Należy pamiętać, że Zamawiający wykluczając wykonawcę z postępowania zobowiązany jest wykazać przesłanki wykluczenia, a nie ulega wątpliwości że odmienna ocena zaistniałego stanu faktycznego przyjęta przez Zamawiającego nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy jako wprowadzającego Zamawiającego w błąd, zatem przytoczona argumentacja z całą pewnością nie odnosi się do przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Wobec powyższego w ocenie Izby Zamawiający zobowiązany jest do - w części I oraz części II zamówienia – unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności badania i oceny ofert, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz 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 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....

.....