

Sygn. akt: KIO 552/17

POSTANOWIENIE
z dnia 10 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Ewa Kisiel
	Katarzyna Brzeska
	Daniel Konicz
Protokolant:	Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 6 marca 2017 r. w Warszawie odwołania z dnia 20 marca 2017 r. wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **Getinsa Payma SL z siedzibą w Madrycie** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**;

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MP MOSTY Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** oraz **„Drogowa Trasa Średnicowa” S.A. z siedzibą w Katowicach**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. odrzuca odwołanie;**
- kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **Getinsa Payma SL z siedzibą w Madrycie**;

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **Getinsa Payma SL z siedzibą w Madrycie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **Getinsa Payma SL z siedzibą w Madrycie** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa - Praga.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowania na „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych w ramach następujących zadań: a) Prace na linii kolejowej E 30 na odcinku Kraków Główny Towarowy - Rudzice wraz z dobudową torów Unii aglomeracyjnej; b) Prace na linii kolejowej E 95 Kraków Mydlniki - Podłęże na odcinku Kościelniki - Podłęże”.

Wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 września 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 184 330270.

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Getinsa Payma SL z siedzibą w Madrycie (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, które wpłynęło do Izby w dniu 20 marca 2017 r.

W treści odwołania Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MP MOSTY Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz „Drogowa Trasa Średnicowa” S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej „Konsorcjum MP Mosty”), pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu, a wykonawca Konsorcjum MP Mosty podlega wykluczeniu z postępowania;
2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum MP Mosty, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Konsorcjum MP Mosty nie złożyło odpowiednich wyjaśnień, zaś

złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

3. niezgodnej z przepisami ustawy oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum MP Mosty w trybie art. 90 ustawy;
4. zaniechania wykluczenia wykonawcy MP Mosty z postępowania, pomimo iż wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

1. niezgodną z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegającą na wyborze oferty Konsorcjum MP Mosty jako oferty najkorzystniejszej,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, przez nieprawidłową ocenę złożonych przez Konsorcjum MP Mosty wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską, w szczególności dopuszczenie do uzupełnienia wyjaśnień i zmiany treści uprzednio złożonych wyjaśnień;
3. naruszenie art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ustawy, przez ponowne zwrócenie się do Konsorcjum MP Mosty o złożenie wyjaśnień, podczas gdy pierwsze złożone wyjaśnienia nie zawierały odpowiedzi na wszystkie zadane przez Zamawiającego pytania oraz były ogólnikowe;
4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MP Mosty, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Konsorcjum MP Mosty nie złożyło wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy;
5. naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum MP Mosty z postępowania, pomimo iż wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

6. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny ofert,
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- ponowną ocenę ofert,
- wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum MP Mosty,
- odrzucenia oferty Konsorcjum MP Mosty.

Odwołujący wyjaśniał, że został poinformowany o czynnościach i zaniechaniach Zamawiającego w dniu 10 marca 2017 r., a zatem niniejsze odwołanie wniesione jest z zachowaniem 10-dniowego terminu przewidzianego w ustawie.

Następnie Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w dniu 27 stycznia 2017 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty Konsorcjum MP Mosty jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł odwołanie, które zostało uwzględnione wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2017 roku, sygn. akt: KIO 242/17, KIO 258/17. Izba nakazała Zamawiającemu ujawnienie wyjaśnień Konsorcjum MP Mosty, wskazując jednocześnie, że zarzut nieprawidłowego złożenia wyjaśnień przez MP Mosty oraz zarzut nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum MP Mosty nie może zostać oceniony, gdyż Odwołujący nie miał dostępu do wyjaśnień, a zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy zdaniem Izby musi brać swój początek w wyjaśnieniach z art. 90 ust. 1 Ustawy. Mając na uwadze powyższe „Izba uznała ten zarzut za przedwczesny, który będzie mógł być sformułowany po uzyskaniu możliwości zapoznania się z przedmiotowymi wyjaśnieniami” (str. 21-22 uzasadnienia wyroku KIO 242/17).

W dniu 10 marca 2017 r. Zamawiający przesłał mailem pismo, w którym poinformował, że zgodnie z wyrokiem Izby o sygn.. akt KIO 242/17 ujawnia zastrzeżone wyjaśnienia Konsorcjum MP Mosty. Odwołujący w dniu 13 marca 2017 roku wystąpił z wnioskiem o wgląd i w tym samym dniu otrzymał maila, w którym zamieszczono link do materiałów - 7 plików. Odwołujący po zapoznaniu się z ujawnionymi dokumentami - 4 pisma

Zamawiającego (3 wezwania do wyjaśnień oraz 1 przedłużenie terminu) oraz 3 pisma Konsorcjum MP Mosty {3 wyjaśnienia) stwierdził, że Konsorcjum MP Mosty nie złożyło wyjaśnień, które obalilyby domniemanie rażąco niskiej ceny, a Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień z naruszeniem przepisów ustawy. Co więcej, zdaniem Odwołującego, okazało się, że Konsorcjum MP Mosty wprowadziły w błąd Zamawiającego, że przedmiot zamówienia Konsorcjum MP Mosty wykona samodzielnie. Wskutek czego z naruszeniem przepisów prawa Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum MP Mosty oraz wykluczenia tego wykonawcy.

W dniu 22 marca 2017 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Natomiast w dniu 23 marca 2017 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawca Konsorcjum MP MOSTY.

Biorąc pod uwagę powyższe, na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Z ustaleń Izby wynika, że przedmiotem omawianego zamówienia publicznego jest usługa, której wartość oszacowano na kwotę poniżej progów, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Nie było sporne między stronami, że Zamawiający pismem z dnia 27 stycznia 2017 r. poinformował wykonawców ubiegających się o zamówienie, w tym Odwołującego, o wyniku postępowania, tj. o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta Konsorcjum MP MOSTY.

W dniu 6 lutego 2016 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 242/17) zarzucając Zamawiającemu:

1. niezgodne z przepisami ustawy dokonanie czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Konsorcjum MP Mosty jako oferty najkorzystniejszej;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy, przez nieprawidłową ocenę złożonych przez Konsorcjum MP Mosty wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MP Mosty, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w

stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Konsorcjum MP Mosty nie złożyło wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy;

3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MP Mosty, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum MP Mosty z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu z postępowania;
5. naruszenie art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum MP Mosty w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, pomimo iż Konsorcjum MP Mosty nie wykazało zasadności dokonanego zastrzeżenia,
6. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy.

Odwołujący w złożonym odwołaniu wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia z postępowania Konsorcjum MP Mosty, odrzucenia oferty Konsorcjum MP Mosty, ujawnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum MP Mosty na podstawie art. 90 ustawy.

Po rozpoznaniu opisanego powyżej odwołania na rozprawie Izba wyrokiem z dnia 24 lutego 2017 r. o sygn. akt KIO 242/17 KIO 258/17 uwzględniła odwołanie o sygn. akt KIO 242/17 i nakazała Zamawiającemu „ujawnienie wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MP MOSTY Sp. z o.o. i Drogowa Trasa Średnicowa S.A. złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz oddać zarzuty: zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MP MOSTY Sp. z o.o. i Drogowa Trasa Średnicowa S.A. jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zarzut zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MP MOSTY Sp. z o.o. i Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z postępowania”.

Izba ustaliła również, że Zamawiający zgodnie z przytoczonym powyżej wyrokiem Izby ujawnił wyjaśnienia Konsorcjum MP MOSTY, złożone w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Powyższe potwierdził również Odwołujący w odwołaniu złożonym w dniu 20 marca 2017 r. (str. 3) jak również Zamawiający, który w toku posiedzenia Izby oświadczył, że co prawda

ujawnił ww. wyjaśnienia Konsorcjum MP MOSTY ale nie ponowił w ramach prowadzonego postępowania czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Na tle tak zarysowanego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie w postępowaniu, którego wartość jest powyżej progów unijnych wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę do jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób.

W związku z tym nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że 10-dniowy termin na wniesienie odwołania w zakresie zaskarżenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty rozpoczął bieg w dniu przesłania ww. informacji Odwołującemu, tj. w dniu 27 stycznia 2017 r. Tym samym oczywistym jest, że termin na wniesienie odwołania w zakresie omawianej czynności upływał w dniu 6 lutego 2016 r. W tej dacie Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w którym właśnie wskazywał na wadliwość czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w ramach prowadzonego postępowania za którą uznano ofertę Konsorcjum MP MOSTY. Jednak Izba wyrokiem z dnia 24 lutego 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 242/17 co prawda uwzględniła odwołanie ale nakazała Zamawiającemu jedynie ujawnienie wyjaśnień Konsorcjum MP MOSTY. Treścią sentencji wyroku Izba nie nakazała Zamawiającemu ponowienia czynności w zakresie oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Również w uzasadnieniu przywołanego wyroku brak szczegółowej treści odnoszącej się do konieczności ponowienia przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że w rozpoznawanej sprawie drogi do wniesienia odwołania nie otwiera nakazanie Zamawiającemu jedynie czynności ujawnienia treści niezasadnie zastrzeżonych wyjaśnień, złożonych przez Konsorcjum MP MOSTY na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, ponieważ ww. nakaz nie jest jednocześnie połączony z uchycieniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 27 stycznia 2017 r. Zdaniem Izby konieczności dokonania powyższej czynności nie sposób również wywieść z wybranych treści uzasadnienia wyroku z dnia 24 lutego 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 242/17 KIO 258/17 na które powoływał się Odwołujący i Przystępujący po jego stronie.

Izba zwraca uwagę, że sama czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, która jest przedmiotem kolejnego odwołania, wnoszonego przez Odwołującego, nie tylko nie została przez Izbę zakwestionowana jako wadliwa i uchylona ale również Zamawiający z własnej inicjatywy jej nie ponowił. Tym samym w ocenie Izby czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 27 stycznia 2017 r. nadal pozostaje w mocy. Zatem zarzut, dotyczący wyboru najkorzystniejszej oferty, sformułowany w odwołaniu z dnia 20 marca 2017 r. opiera się nie tyle na kwestionowaniu nowej czynności Zamawiającego, związanej z wyborem najkorzystniejszej oferty, której Zamawiający nie dokonał, ile na pojawieniu się nowych okoliczności faktycznych, uzasadniających zaskarżanie czynności, dla której kwestionowania termin upłynął.

Zdaniem Izby przyjęcie koncepcji o możliwości rozpoznania zarzutów kolejnego odwołania, odnoszących się do wadliwości czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach prowadzonego postępowania, wymagałoby: po pierwsze unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 27 stycznia 2017 r., po drugie - zaskarżenia ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, który nie został przez Zamawiającego ponowiony, ponieważ na mocy ww. wyroku Izby Zamawiający nie był zobligowany do jego ponownego przeprowadzenia.

W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 20 marca 2017 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu, ponieważ zostało ono wniesione wobec czynności wyboru najkorzystniejszej, dokonanej w dniu 27 stycznia 2017 r. dla zaskarżenia, której termin już upłynął. Wskazać należy, że termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b) § 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).

.....
.....
.....