

Sygn. akt: KIO 507/16

Sygn. akt: KIO 508/16

Sygn. akt: KIO 516/16

POSTANOWIENIE

z dnia 22 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Aneta Górniak

wobec cofnięcia przed otwarciem rozprawy w dniu 22 kwietnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2016 r. przez **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, 2) NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie** (sygn. akt KIO 507/16), w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy, Plac Matejki 12, 31-157 Kraków,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie 2) Skanska SK a.s. z siedzibą w Bratysławie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 507/16. ;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, 2) NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie** (sygn. akt KIO 507/16) – kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 507/16

Sygn. akt: KIO 508/16

Sygn. akt: KIO 516/16

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Modernizacja stacji Libiąż na linii kolejowej nr 93 Trzebinia-Zebrzydowice”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 2015/S 248-450725 z dnia 23 grudnia 2015 r.

W dniu 29 marca 2016 r. Zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1) Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie 2) Skanska SK a.s. z siedzibą w Bratysławie (dalej: konsorcjum Skanska).

W dniu 8 kwietnia 2016 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, 2) NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, ozn. sygn. akt KIO 507/16, od czynności lub zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum w składzie: Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie i Skanska SK a.s. z siedzibą w Bratysławie (zwane dalej „Konsorcjum Skanska” lub „Skanska”), mimo że treść oferty Konsorcjum Skanska nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwane dalej „SIWZ”);
- 2) zaniechaniu wykluczenia z postępowania Konsorcjum Skanska jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) zaniechaniu wezwania Konsorcjum Skanska w trybie art. 26 ust. 3 PZP lub art. 26 ust. 4 PZP do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających, iż Konsorcjum Skanska spełnia warunek warunku udziału w postępowaniu określony w pkt 8.3.2 lit. a) SIWZ;

- 4) wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Skanska, mimo że oferta tego wykonawcy powinna być odrzucona lub Wykonawca powinien być wykluczony, a oferta powinna być traktowana jako odrzucona;
- 5) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, mimo iż oferta Konsorcjum NDI jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP - poprzez jego niezastosowanie, pomimo ziszczenia się przesłanek określonych w ww. przepisie, tj. treść oferty Konsorcjum Skanska nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem oferta zawierała Załącznik nr 7 „Wykaz robót przeznaczonych do podwykonania” wypełniony niezgodnie z warunkami SIWZ,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Skanska, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP - poprzez jego niezastosowanie, polegające na dokonaniu błędnej oceny spełniania przez Konsorcjum Skanska warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.3.2 lit. a) SIWZ, tj. nieuprawnionym uznaniu, iż Konsorcjum Skanska spełnia ten warunek i w konsekwencji zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum Skanska z postępowania, pomimo iż osoba wskazana w wykazie osób jako kierownik robót w branży urządzenia elektroenergetyczne nie posiada wymaganych w SIWZ uprawnień i nie legitymuje się wymagany w SIWZ okresem doświadczenia,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5) PZP - poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Skanska, mimo że oferta tego wykonawcy jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP powinna podlegać odrzuceniu,
- 5) art. 91 ust. 1 Ustawy PZP w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 PZP oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP, poprzez jego błędną wykładnię i dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Skanska, pomimo że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu lub wykonawca ten polegał wykluczeniu z postępowania,
- 6) art. 26 ust. 3 PZP lub art. 26 ust. 4 PZP - poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania Konsorcjum Skanska w trybie art. 26 ust. 3 PZP do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, iż Konsorcjum Skanska spełnia warunek posiadania osób zdolnych do wykonania zamówienia (określony w SIWZ - TOM I - Instrukcje Dla Wykonawców - pkt 8.3.2 lit. a) lub wezwania w trybie art. 26 ust. 4 PZP do złożenia wyjaśnień odnośnie ww. okoliczności, pomimo że dokumenty złożone przez

Konsorcjum wraz z ofertą nie potwierdzają spełniania przedmiotowego warunku, albowiem:

a) Konsorcjum Skanska nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia na stanowisku kierownika robót w branży urządzenia elektroenergetyczne, albowiem osoba wskazana na to stanowisko nie posiada uprawnień budowlanych do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie bez ograniczeń w zakresie urządzenia elektroenergetyczne, oraz

b) Pan Ryszard Frajny wskazany przez Konsorcjum Skanska na stanowisku kierownika robót w branży urządzenia elektroenergetyczne nie posiada wymaganych przez Zamawiającego 5 (pięciu) lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy/kierownika robót w zakresie wskazanym w pkt 8.3.2 lit. a) SIWZ.

- a zatem Zamawiający zobligowany był do zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 lub art. 26 ust. 4 PZP, czego wbrew ww. przepisom nie uczynił,

7) art. 7 ust. 1 PZP - poprzez jego niezastosowanie skutkujące naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - czego wyrazem jest zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Skanska lub wykluczenia Konsorcjum Skanska, zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień oraz wybór oferty Konsorcjum Skanska - z naruszeniem przepisów ustawy PZP - jako najkorzystniejszej, pomimo iż oferta Skanska jako nieodpowiadająca treści SIWZ podlegała odrzuceniu oraz Konsorcjum Skanska nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu i powinno być wykluczone z postępowania.

Zamawiający w dniu 13.04.2016 r. podjął czynność unieważnienia wyboru oferty z dnia 29.03.2016 r. oraz prowadzi dalsze badanie oferty konsorcjum Skanska. Zamawiający poinformował, że w drodze autokorekty unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, jednocześnie podejmując działania związane z uzupełnieniem i wyjaśnieniem treści oferty konsorcjum Skanska. Okoliczności sprawy, w tym czynności wykonane po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wskazują, że czynności Zamawiającego koncentrują się na kwestiach, które zostały podniesione w ramach odwołania o sygn. akt KIO 507/16 (w tym kwestiach dotyczących załącznika nr 7 - szczegółowo opisanych w pkt II uzasadnienia odwołania; kwestiach związanych z wyjaśnieniem wyceny i czynników cenotwórczych, także w odniesieniu do pozycji dot. maty antywibracyjnej – szczegółowo opisanych w pkt III uzasadnienia odwołania, czy kwestiach dotyczących potencjału kadrowego i spełnienia warunków udziału w postępowaniu – szczegółowo opisanych w pkt IV uzasadnienia odwołania).

Czynności Zamawiającego podjęte po wniesieniu odwołania uczyniły więc, co najmniej, przedwczesnymi zarzuty podniesione przez ww. konsorcjum, a częściowo uczyniły je bezprzedmiotowymi (w zakresie wezwań żądanych alternatywnie przez Odwołującego).

Warto przytoczyć w tym miejscu stanowisko Izby zawarte w wyroku z dnia 13 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1804/13, gdzie wskazano m.in, że: „2. Wybór najkorzystniejszej oferty nie jest tylko formalną czynnością, której byt jest samoistny i niezwiązany z oceną złożonych ofert i dokumentów – to bezpośrednio następstwo tej oceny i z tą oceną musi być związane. Z momentem dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ze swej istoty traci byt ocena dokonana przez zamawiającego w odniesieniu do złożonych dokumentów i ofert. 3. Na gruncie obowiązujących przepisów p.z.p., brak jest podstaw do przyjęcia, że złożenie odwołania zawiesza w jakikolwiek sposób możliwość podejmowania przez zamawiającego czynności w postępowaniu. Żaden przepis nie stoi temu na przeszkodzie, a przeciwnie – ustawa wymaga przeprowadzenia postępowania w sposób odpowiadający przepisom, co oznacza, że należy przyznać zamawiającemu prawo do podejmowania wszelkich działań podejmowanych w celu naprawienia wadliwych czynności. 4. Okoliczność następczego, po złożeniu odwołania, unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, nie może być pominięta przy ocenie złożonego odwołania. Złożenie odwołania nie czyni ponowionych czynności nieskutecznymi. Izba bierze natomiast za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, na moment zamknięcia rozprawy. 5. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej przemawia za koniecznością analizy i oceny ewentualnych zastrzeżeń i zarzutów, jeśli takie zostaną skierowane, w odniesieniu do istniejącej na moment rozstrzygnięcia czynności zamawiającego. W ramach tej zasady nie mieści się rozstrzygnięcie o zarzutach jedynie "dla sztuki", mimo, że sama czynność, której te zarzuty dotyczą, jest historyczna – została już wyeliminowana przed ich rozstrzygnięciem. 6. Izba rozstrzygając o zarzutach danego odwołania, kierowanego wobec uchylonej na moment jego rozpoznania czynności, nie może w swym rozstrzygnięciu oceniać czynności, wobec której nie postawiono zarzutów oraz odpowiadających im żądań. Niezależnie od rozstrzygnięcia o zarzutach dotyczących unieważnionej czynności, ponowiona czynność, w razie jej niezakwestionowania, byłaby w takim wypadku ważną i funkcjonującą obok wydanego rozstrzygnięcia. 7. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej przemawia za uznaniem, że nie jest właściwą oceną czynności już nieistniejącej, unieważnionej przez zamawiającego, jeśli w postępowaniu mamy do czynienia z ponowioną czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty, poprzedzoną badaniem i oceną ofert, w ramach której podjęto czynności uzupełnienia określonych dokumentów, a rezultat tych czynności oraz ich oceny nie może podlegać ocenie w tym postępowaniu odwoławczym”.

Wskutek czynności faktycznych Zamawiającego, podjętych po wniesieniu odwołania, skarżona czynność wyboru oferty najkorzystniejszej stała się czynnością historyczną.

Podtrzymywanie zaskarżenia tej czynności, w okolicznościach tej sprawy, gdy w istocie działania Zamawiającego znajdą wyraz dopiero w kolejnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a czynność ta „skonsumuje” wyniki badania także kwestii podnoszonych przez Odwołującego (które Zamawiający zaczął weryfikować po wniesieniu odwołania), mogłoby narażać Odwołującego na oddalenie odwołania, czy to z uwagi na przedwczesność zarzutów, czy wobec ich bezprzedmiotowości wynikającej z podjęcia już przez Zamawiającego czynności postulowanych w odwołaniu.

Odwołujący na posiedzeniu cofnął odwołanie.

Zakończenie prowadzonego obecnie badania oferty konsorcjum Skanska, w zależności od decyzji Zamawiającego, którą Zamawiający odzwierciedli w kolejnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, otworzy Odwołującemu prawo do merytorycznego kwestionowania rozstrzygnięcia Zamawiającego. W ramach kolejnego odwołania,

w zależności od rozstrzygnięcia Zamawiającego, Odwołujący będzie mógł ewentualnie podnosić zarzuty związane z oceną oferty wykonawcy konsorcjum Skanska.

Stosownie do art. 187 ust. 8 Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% uiszczonego wpisu. W niniejszej sprawie oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy.

W związku ze skutecznym cofnięciem odwołania, Izba na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp oraz art. 192 ust. 1 Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie odwołania ozn. sygn. akt KIO 507/16.

O kosztach Izba orzekła stosownie do art. 187 ust. 8 zdanie drugie Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 3544), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego w sprawie ozn. sygn. akt KIO 507/16, zwrotu 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Przewodniczący: