

Sygn. akt: KIO 858/16, KIO 871/16, KIO 872/16, KIO 873/16, KIO 874/16, KIO 876/16

WYROK

z dnia 10 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Przemysław Dzierzędzki

Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 7 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych w dniu 20 maja 2016 r. oraz w dniu 23 maja 2016 r. przez **1) wykonawcę: Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Lublinie Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (odwołanie o sygn. akt KIO 858/16), 2) wykonawcę: M.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Studio Plan Pracownia Projektów i Konsultingu M.C. z siedzibą w Bielsku-Białej (odwołanie o sygn. akt KIO 871/16), 3) wykonawcę: J.F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą JAKETRON J.F. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim (odwołanie o sygn. akt KIO 872/16), 4) wykonawcę Ł.F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą INFO-LAB Ł.F. z siedzibą w Kiczycach (odwołanie o sygn. akt KIO 873/16), 5) wykonawcę R.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą TECH-GEO R.G. z siedzibą w Kamieńczyku (odwołanie o sygn. akt KIO 874/16), 6) wykonawcę B.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Geodezyjne B.P. z siedzibą w Świętoszówce (odwołanie o sygn. akt KIO 876/16) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie****

przy udziale:

- **wykonawcy L.P. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą INTERTIM P.L. zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego (odwołanie o sygn. akt KIO 872/16, KIO 874/16);**

- **wykonawcy Geokart-International Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego (**odwołanie o sygn. akt KIO 873/16**);

- **wykonawcy InterTIM Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego (**odwołanie o sygn. akt KIO 874/16**);

orzeka:

1. Oddala odwołania;

2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołujących** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **90 000 zł 00 gr** (słownie: **dziewięćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy**), uiszczoną przez Odwołujących się tytułem wpisów od odwołań, w tym:

A) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: **piętnaście tysięcy złotych zero groszy**), uiszczoną przez **wykonawcę: Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Lublinie Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania,

B) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: **piętnaście tysięcy złotych zero groszy**), uiszczoną przez **wykonawcę: M.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Studio Plan Pracownia Projektów i Konsultingu M.C. z siedzibą w Bielsku-Białej** tytułem wpisu od odwołania,

C) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: **piętnaście tysięcy złotych zero groszy**), uiszczoną przez **wykonawcę: J.F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą JAKETRON J.F. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim** tytułem wpisu od odwołania,

D) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: **piętnaście tysięcy złotych zero groszy**), uiszczoną przez **wykonawcę: Ł.F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą INFO-LAB Ł.F. z siedzibą w Kiczycach** tytułem wpisu od odwołania,

E) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: **piętnaście tysięcy złotych zero groszy**), uiszczoną przez

wykonawcę: R.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą TECH-GEO R.G. z siedzibą w Kamieńczyku tytułem wpisu od odwołania,

- F) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę: B.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Geodezyjne B.P. z siedzibą w Świętoszówce** tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. z 2015 r., poz. 2164) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Realizację kontroli na miejscu metodą FOTO na terenie 16 województw*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 stycznia 2016 r. pod numerem 2016/S 021-033540.

Odwołanie o sygn. akt KIO 858/16

Wykonawca – Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Lublinie Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (zwany dalej: „*Odwołującym PGK*”) w dniu 20 maja 2016 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec wykluczenia Odwołującego PGK w zakresie części IX zamówienia. Odwołujący PGK zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez dokonanie błędnej wykładni treści dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej nr 998A 587433 z dnia 10 marca 2016 r., art. 87 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie gwarancji ubezpieczeniowej, art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego PGK z uwagi na błędne przyjęcie – według Odwołującego PGK – że nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert. W związku z powyższym Odwołujący PGK wniósł o: uwzględnienie odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do niniejszego odwołania oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów dotyczących przedmiotowego zamówienia publicznego, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części IX przedmiotowego postępowania, unieważnienie wykluczenia Odwołującego z części IX zamówienia i uznania jego oferty za odrzuconą, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego w części IX przedmiotowego postępowania, nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako

najkorzystniejszej w części IX przedmiotowego postępowania, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania.

Odwołania o sygn. akt KIO 871/16, 873/16, 876/16

Wykonawcy: M.C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Studio Plan Pracownia Projektów i Konsultingu M.C. z siedzibą w Bielsku-Białej (odwołanie o sygn. akt KIO 871/16), Ł.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą INFO-LAB Ł.F. z siedzibą w Kiczycach (odwołanie o sygn. akt KIO 873/16), B.P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Geodezyjne B.P. z siedzibą w Świątoszówce (odwołanie o sygn. akt KIO 876/16) (zwani dalej: „*Odwołującymi*”, bądź odpowiednio „*Odwołującym Studio Plan*”, „*Odwołującym Info-Lab*”, „*Odwołującym Usługi Geodezyjne*”) w dniu 23 maja 2016 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołania wobec odrzucenia ich ofert z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odpowiednio w następujących częściach: 1) odwołanie o sygn. akt KIO 871/16 dla części I i IX, 2) odwołanie o sygn. akt KIO 873/16 dla części XV i XVI, 3) odwołanie o sygn. akt KIO 876/16 dla części XIX. Odwołujący zarzucili Zamawiającemu w odwołaniach naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez bezpodstawne uznanie przez Zamawiającego, że złożenie oferty przez Odwołujących stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na wystąpienie zmywy przetargowej pomiędzy Odwołującym a wykonawcami, art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie przez Zamawiającego oraz sporządzenie niepełnego, sprzecznego wewnątrznie i ogólnego uzasadnienia czynności w postaci odrzucenia oferty Odwołujących, art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołujących jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w celu udzielenia mu zamówienia w sytuacji, gdy oferty Odwołujących w poszczególnych częściach były najkorzystniejsze, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób ewidentnie godzący w zasadę poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez bezpodstawne odrzucenie ofert Odwołujących, podczas gdy oferty innych wykonawców nie zostały odrzucone, art. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewezwanie Odwołujących do złożenia stosownych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. W związku z powyższym Odwołujący wniesli o: nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołujących na poszczególne części zamówienia, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z

uwzględnieniem ofert Odwołujących, dokonanie wyboru ofert Odwołujących jako najkorzystniejszych w postępowaniu, dopuszczenie dowodów z dokumentów z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego, w tym z dokumentów powołanych w uzasadnieniu złożonych odwołań, zobowiązanie Zamawiającego w trybie § 24 ust. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań do przedstawienia oryginałów znajdujących się w jego posiadaniu i dopuszczenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania przetargu z 2015 r., w szczególności ofert wykonawców OPGK Rzeszów S. A., „MAPPROJEKT” M.T., IBRA Sp. z o.o. na okoliczność ich treści, a w szczególności wzajemnego udostępniania zasobów pomiędzy wykonawcami w latach poprzednich, niejednorodności w sposobach rozstrzygnięcia o wynikach przetargu, dopuszczenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołań, w szczególności: zawiadomienia GEOKART INTERNATIONAL Sp. z o.o. z 11 kwietnia 2016 r., ofert wykonawców: konsorcjum GEOGIS, IBRA Sp. z o.o., „MAPPROJEKT” M.T., obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zastępstwa procesowego zgodnie z przedstawionym w dniu rozprawy spisem kosztów.

Odwołania o sygn. akt KIO 872/16, 874/16

Wykonawcy: J.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą JAKETRON J.F. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim (odwołanie o sygn. akt KIO 872/16), R.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą TECH-GEO R.G. z siedzibą w Kamieńczyku (odwołanie o sygn. akt KIO 874/16) (zwani dalej: „*Odwołującym*”, bądź odpowiednio „*Odwołującym Jaketron*”, „*Odwołującym TECH-GEO*”) w dniu 23 maja 2016 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołania wobec odrzucenia ich ofert z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odpowiednio w następujących częściach: 1) odwołanie o sygn. akt KIO 872/16 dla części XII, 2) odwołanie o sygn. akt KIO 874/16 dla części XI i XIII. Odwołujący zarzucili Zamawiającemu w odwołaniach naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez bezpodstawne uznanie przez Zamawiającego, że złożenie oferty przez Odwołujących stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na wystąpienie zmyślenia przetargowego pomiędzy Odwołującym a wykonawcami, art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie przez Zamawiającego oraz sporządzenie niepełnego, sprzecznego wewnętrznie i ogólnego uzasadnienia czynności w postaci odrzucenia oferty Odwołujących, art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołujących jako oferty najkorzystniejszej

w postępowaniu w celu udzielenia mu zamówienia w sytuacji, gdy oferty Odwoływających w poszczególnych częściach były najkorzystniejsze, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób ewidentnie godzący w zasadę poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez bezpodstawne odrzucenie ofert Odwoływających, podczas gdy oferty innych wykonawców nie zostały odrzucone, art. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewezwanie Odwoływających do złożenia stosownych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. W związku z powyższym Odwołujący wnieśli o: nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwoływających na poszczególne części zamówienia, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert Odwoływających, dokonanie wyboru ofert Odwoływających jako najkorzystniejszych w postępowaniu, dopuszczenie dowodów z dokumentów z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego, w tym z dokumentów powołanych w uzasadnieniu złożonych odwołań, zobowiązanie Zamawiającego w trybie § 24 ust. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań do przedstawienia oryginałów znajdujących się w jego posiadaniu i dopuszczenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania przetargu z 2015 r., w szczególności ofert wykonawców OPGK Rzeszów S. A., „MAPPROJEKT” M.T., IBRA Sp. z o.o. na okoliczność ich treści, a w szczególności wzajemnego udostępniania zasobów pomiędzy wykonawcami w latach poprzednich, niejednolitości w sposobach rozstrzygnięcia o wynikach przetargu, dopuszczenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołań, w szczególności: zawiadomienia wykonawcy INTERTIM P.L. z 26 kwietnia 2016 r., ofert wykonawców: konsorcjum GEOGIS, IBRA Sp. z o.o., „MAPPROJEKT” M.T. , obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zastępstwa procesowego zgodnie z przedstawionym w dniu rozprawy spisem kosztów.

Izba ustaliła również że Zamawiający pismami z dnia 7 czerwca 2016 r. złożył odpowiedź na odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść postanowień SIWZ, oferty złożone przez wykonawców, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołania, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwoływających wpisu, podlegają rozpoznaniu. Ze

względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołań Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazali Zamawiającemu kopię niniejszych odwołań.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 24 maja 2016 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 oraz 27 maja 2016 r.) następujących wykonawców:

- wykonawcy L.P. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą INTERTIM P.L. zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego (odwołanie o sygn. akt KIO 872/16, KIO 874/16);
- wykonawcy Geokart-International Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego (odwołanie o sygn. akt KIO 873/16);
- wykonawcy InterTIM Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego (odwołanie o sygn. akt KIO 874/16).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Realizacja kontroli na miejscu metodą FOTO na terenie 16 województw”*. Zamawiający podzielił zamówienie na 24 części.
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

- Pkt 4 Rozdział I *„Opis przedmiotu zamówienia”*:
 - Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych (...). Zamawiający dopuszcza złożenie oferty przez jednego wykonawcę na nie więcej niż dwie dowolnie wybrane przez siebie części zamówienia.

/dokumentacja postępowania: Pkt 4 Rozdział I „Opis przedmiotu zamówienia” Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 3/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu na poszczególne części zamówienia oferty złożyli m. in. następujący wykonawcy:

1. R.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą TECH-GEO R.G. z siedzibą w Kamieńczyku – oferta złożona na część XI oraz XIII;
2. B.P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Geodezyjne B.P. z siedzibą w Świętoszówce - oferta złożona na część XIX oraz XIV;
3. Ł.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą INFO-LAB Ł.F. z siedzibą w Kiczycach - oferta złożona na część XV oraz XVI;
4. J.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą JAKETRON J.F. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim - oferta złożona na część II oraz XII;
5. Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Lublinie Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie - oferta złożona na część III oraz IX.

/dokumentacja postępowania: Oferty wykonawców: R.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą TECH-GEO R.G. z siedzibą w Kamieńczyku, B.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Geodezyjne B.P. z siedzibą w Świętoszówce, Ł.F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą INFO-LAB Ł.F. z siedzibą w Kiczycach, J.F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą JAKETRON J.F. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, Okręgowego Przedsiębiorstwa Geodezyjno-Kartograficznego w Lublinie Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie /.

Zamawiający w dniu 12 maja 2016 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w poszczególnych częściach zamówienia oraz przedstawił podstawy prawne i faktyczne wykluczenia wykonawców oraz odrzucenia ofert wykonawców biorących udział w tym postępowaniu.

/dokumentacja postępowania: Wybór najkorzystniejszej oferty na poszczególne części zamówienia z dnia 12 maja 2016 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy: Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Lublinie Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, M.C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Studio Plan Pracownia Projektów i Konsultingu M.C. z siedzibą w Bielsku-Białej, Ł.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą INFO-LAB Ł.F. z siedzibą w Kiczycach, B.P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Geodezyjne B.P. z siedzibą w Świętoszówce, J.F. prowadzący działalność gospodarczą pod

nazwą JAKETRON J.F. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, R.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą TECH-GEO R.G. z siedzibą w Kamieńczyku wnieśli odwołania w dniach 20 oraz 23 maja 2016 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołania wykonawców z dnia 20 i 23 maja 2016 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

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

Odwołanie o sygn. akt KIO 858/16

Izba rozpatrzyła zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 65 § 1 i § 2 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie błędnej wykładni treści gwarancji ubezpieczeniowej nr 998A 587433 z dnia 10 marca 2016 r. i w konsekwencji bezpodstawne wykluczenie Odwołującego PGK z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zadaniu nr IX.

Okolicznością bezsporną stanowi, fakt że Odwołujący PGK złożył gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 998A 587433 z dnia 10 marca 2016 r., w której wskazano, iż udzielana gwarancja złożona jest tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium przez: Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II Nr 70, 00-175 Warszawa (Zobowiązany-Oferent). Zamawiający w dniu 12 maja 2016 r. powiadomił wykonawców o wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania w poszczególnych częściach, w tym o wykluczeniu Odwołującego PGK z postępowania z uwagi, iż jak wynika z opisanego stanu faktycznego w treści gwarancji oznaczono Zamawiającego zarówno jako beneficjenta jak i zobowiązanego. Natomiast w treści gwarancji nie wskazano w jakimkolwiek miejscu wykonawcy składającego ofertę (Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Lublinie Sp. z o.o.). Zamawiający zauważył także że Ustawodawca nie przewidział możliwości uzupełnienia gwarancji wadium w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a Wykonawca nie zabezpieczył złożonej oferty wadium przed terminem składania ofert. Tak więc Zamawiający zobowiązany był do wykluczenia Wykonawcy ze wskazanej części postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę, który nie wniósł wadium, do upływu terminu składania ofert, zaś w świetle art.

45 ust. 3 ustawy Pzp wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert. Nie ulega wątpliwości, że gwarancja złożona przez Odwołującego PGK nie zawierała żadnych danych, które pozwalałyby Zamawiającemu zidentyfikować wykonawcę zobowiązanego – oferenta (Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Lublinie Sp. z o.o.) i w przyszłości dochodzić przez Zamawiającego roszczeń. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Przez wadium zaś, na podstawie art. 70 § 1 K.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, należy rozumieć sumę pieniężną albo odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty, które wykonawca powinien wpłacić Zamawiającemu lub ustanowić na jego rzecz, pod rygorem niedopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem wobec powyższego – co niejednokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - „instytucja wadium w rozumieniu nadanym w art. 70 § 1 Kodeksu cywilnego służyć ma zabezpieczeniu interesów organizatora przetargu i w takim znaczeniu transponowana jest do art. 45 i 46 ustawy Pzp. Za prawidłowe zabezpieczenie pożądaných w świetle przepisów ustawy zachowań składającego ofertę uznawane jest wniesienie wadium nie tylko w sposób wymagany przepisami ustawy (art. 45), ale również w sposób w pełni umożliwiający zamawiającemu jego realizację (zatrzymanie bądź uzyskanie sumy wadialnej) w przypadku zaistnienia przesłanek jego przepadku określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp”. (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/ UZP 594/10). Z powyższego wywnioskować można w sposób jednoznaczny, że gwarancja wadialna musi mieć charakter jasny, czytelny i nie budzący wątpliwości, zarówno w zakresie przedmiotowym jak i podmiotowym, zaś gwarancja ubezpieczeniowa złożona w niniejszym postępowaniu tego warunku nie spełniała, a nieustalenie zakresu podmiotowego powoduje nadwyrężenie pewności nieuchronności realizacji zabezpieczenia przez Zamawiającego.

Ponadto – w ocenie Izby - niezasadne było powoływanie się na treść umowy łączącej Odwołującego PGK z Ubezpieczycielem. Dokument taki nie został złożony Zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert, a bezwątpienia podstawą dochodzenia roszczeń przez Zamawiającego jest gwarancja złożona przez wykonawcę przed terminem składania ofert. Niedopuszczalna byłaby również próba wyjaśnienia tego dokumentu przez Zamawiającego ponad jego osnowę. W konsekwencji oznaczałoby to de facto próbę uzupełnienia dokumentu gwarancji po upływie terminu składania ofert o istotny brakujący element gwarancji zobowiązanego – oferenta, którym powinno być Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Lublinie Sp. z o.o. Takim dokumentem – gwarancją niezawierającą zobowiązanego oferenta – mógł się posłużyć każdy wykonawca,

składający ofertę na tę część zamówienia, co jedynie potwierdza tezę Zamawiającego, że taka gwarancja nie zabezpieczała jego interesów poprzez brak wskazania w jakimkolwiek miejscu gwarancji Wykonawcy zobowiązanego – oferenta. Wobec powyższego zasadnym było – w ocenie Izby - wykluczenie Odwołującego PGK z postępowania w części IX na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, co Zamawiający uczynił w dniu 12 maja 2016 r.

Odwołania o sygn. akt KIO 871, KIO 873, KIO 876/16

Izba rozpatrzyła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie przez Zamawiającego, że złożenie oferty przez Odwołujących stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, z uwagi na wystąpienie zmowy przetargowej pomiędzy Odwołującym a podmiotami wskazanymi przez Zamawiającego w podstawie odrzucenia w poszczególnych częściach zamówienia. Za okoliczności przemawiające za uznaniem zachowania wykonawców jako czyn nieuczciwej konkurencji Zamawiający uznał m. in. fakt reprezentowania czterech wykonawców przez jednego z nich na podstawie udzielonych pełnomocnictw, fakt kontrolowanego złożenia ofert na osiem części zamówienia oraz wzajemna znajomość ofert przez tych wykonawców, fakt wzajemnego udostępniania sobie zrealizowanych zamówień na potrzeby wykazania wiedzy i doświadczenia, fakt zaoferowania podobnych cen jednostkowych za kontrole dywersyfikacji, graficzny układ ofert (okładki, sposób numerowania stron, dokumenty poświadczające „za zgodność” we wszystkich ofertach z tą samą datą).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza interes, innego przedsiębiorcy lub klienta. Tym samym, za czyn nieuczciwej konkurencji, powinno więc być uznane każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie. Nie ulega wątpliwości, że uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji jest procesem skomplikowanym i trudnym, gdyż wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisania mu cech konkretnego deliktu szczegółowego ujętego w ramach Rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Czyny nieuczciwej konkurencji”, art. 5-17) lub deliktu w nim nieujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy (wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2865/12).

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający w SIWZ przewidział, iż wykonawcy mogą złożyć ofertę na maksymalnie dwie części zamówienia. Oferty wszystkich Odwołujących zostały sporządzone przez tego samego pełnomocnika - Pana M.C., co niewątpliwie wynika z pełnomocnictw z dnia 10 marca 2016 r. załączonych do ofert tych wykonawców. Zatem – co nie zostało przez strony zaprzeczone - wykonawcy znali wzajemnie treść złożonych ofert. Z treści złożonych ofert wynika również, że wszyscy Odwołujący nie złożyli ofert na te same części, w żaden sposób zatem nie stanowili dla siebie wzajemnie konkurencji w tym postępowaniu. Ponadto we wszystkich ofertach określono taki sam adres korespondencyjny, t.j. adres pełnomocnika Pana M.C.. Nie ulega również wątpliwości – na co zwrócił również uwagę Zamawiający – wszystkie złożone oferty są bardzo podobne, wręcz identyczne pod względem graficznym. Wszędzie podano te same daty potwierdzenia za zgodność z oryginałem. Wskazane okoliczności przemawiają za uznaniem, że celem tego współdziałania było porozumienia co do podziału lokalnego rynku danego zamówienia. W ocenie Izby zwłaszcza fakt tożsamości jednego pełnomocnika we wszystkich czterech ofertach w połączeniu z podobieństwami graficznymi ofert świadczy o tym, że treść tych ofert była wykonawcom znana wzajemnie. Oczywistym jest mechanizm, jaki wykonawcy przyjęli. Jak wynika z treści czterech ofert wykonawcy ci dokonali podziału zamówienia między siebie, ustalając na które części złożą oferty w ten sposób, aby ze sobą nie konkurować. Porozumienie pomiędzy wykonawcami: M.C. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Studio Plan Pracownia Projektów i Konsultingu M.C. z siedzibą w Bielsku-Białej, Ł.F. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą INFO-LAB Ł.F. z siedzibą w Kiczycach, B.P. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Geodezyjne B.P. z siedzibą w Świętoszówce pozwalało na ustalenie wspólnych reguł złożenia oferty, ustalenia elementów kalkulacyjnych ofert, co sprowadza się do wypaczenia reguł konkurencji i wyczerpuje czyn kwalifikowany jako zmowa wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia ze zmovą w ujęciu horyzontalnym tj. porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami – działającymi na danym rynku jako konkurenci, którzy w wyniku uzgodnień składają oferty na poszczególne części tak, aby ich oferty z sobą nie konkurowały, dzieląc między siebie przedmiot zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że zmowa przetargowa jest działaniem sprzecznym z prawem, które godzi w interes klienta – Zamawiającego, u którego zastosowany mechanizm wyłączył konkurencję rynkową. Zdaniem Izby należy jednoznacznie stwierdzić, że przetarg o zamówienie publiczne winien być konkurencją jawną i rzeczywistą, każda pozorność w tym zakresie niezależnie od zaistniałego skutku, wypacza zasadę uczciwej konkurencji.

Ponadto przedmiotem oceny Izby nie może być kwestia dotycząca podpisu pod ofertą Pana F. Info-Lab, gdyż okoliczności te nie były powodem odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Izba zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów nie podniesionych w odwołaniu.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp - w kontekście niezgodności treści ofert innych wykonawców - art. 7 ustawy Pzp nie może być samodzielną podstawą odrzucenia oferty wykonawcy, zaś Odwołujący nie zarzucili Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w postaci zaniechania odrzucenia ofert konkurencyjnych, w tym również oferty wykonawcy L.P. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą INTERTIM P.L. oraz wykonawcy InterTIM Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach. Zatem wobec niepotwierdzenia się zarzutów Odwołujących należało decyzję Zamawiającego z dnia 12 maja 2016 r. uznać za zasadną.

Odwołania o sygn. akt KIO 872, KIO 874/16

Izba rozpatrzyła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie przez Zamawiającego, że złożenie oferty przez Odwołujących stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, z uwagi na wystąpienie zmywy przetargowej pomiędzy Odwołującym a podmiotami wskazanymi przez Zamawiającego w podstawie odrzucenia w poszczególnych częściach zamówienia. Za okoliczności przemawiające za uznaniem zachowania wykonawców jako czyn nieuczciwej konkurencji Zamawiający uznał m. In. fakt zarejestrowania w CEIDG wykonawcy TECH-GEO R.G. w dniu 3 marca 2016 r., t.j. na kilka dni przed upływem terminu składania ofert, fakt wskazania na potrzeby wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia przez TECH-GEO R.G. dwóch usług zrealizowanych przez JAKETRON J.F., fakt wskazania w wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia dla części XI jak również dla części XIII wyłącznie osób oddanych do dyspozycji przez JAKETRON J.F., fakt wskazania w wykazie sprzętu pomiarowego dostępnego wykonawcy w celu realizacji zamówienia dla części XI i XIII wyłącznie sprzętu oddanego do dyspozycji przez JAKETRON J.F., fakt zaoferowania identycznych cen jednostkowych za wynagrodzenie bazowe przez JAKETRON J.F. w części XII oraz TECH-GEO R.G. w części XI.

Oba odwołania o sygn. akt KIO 872, KIO 874/16 podlegają oddaleniu.

Nie ulega wątpliwości, że Pan R.G. zarejestrował działalność gospodarczą w dniu 3 marca 2016 r., t.j. dosłownie na kilka dni przed upływem terminu składania ofert. Celem przystąpienia do postępowania przedstawił zasoby (tak osobowe jak i sprzętowe), wreszcie doświadczenie (opierając się na cudzym doświadczeniu, nie własnym).

Analogiczna sytuacja występuje w przypadku oferty J.F. firmy Jaketron. Wykonawcy ci nie złożyli ofert na te same części zamówienia. Zatem – analogicznie jak w przypadku rozważań dotyczących odwołań o sygn. akt KIO 871/16, KIO 873/16, KIO 876/16, KIO - mechanizm zmowy był oczywisty, podobnie jak w przypadku poprzednich odwołań. Wykonawcy zdecydowali się podzielić zamówieniem nie konkurując ze sobą. Jednocześnie ich zamiarem było obejście zakazu składania ofert na więcej niż dwie części zamówienia. Fakt rozpoczęcia działalności przez Pana R.G. na kilka dni, niedysponowanie jakimkolwiek potencjałem (sprzętu, osób i doświadczenia) wskazuje na mechanizm zmowy przetargowej w ujęciu horyzontalnym. Zatem w ocenie Izby bezwątpienia oferta Pana G. – jej złożenia - wskazuje na mechanizm zmowy przetargowej, i w konsekwencji brak jakiegokolwiek konkurencyjności. Wobec wskazanych przez Zamawiającego okoliczności Pan R.G. był jedynie osobą formalnie występującą w tym postępowaniu, jednak przy takiej treści jego oferty, zamówienie byłoby realizowane wyłącznie przez pana J.F. (ze względu na dysponowanie cudzym potencjałem - potencjałem technicznym, osobowym oraz doświadczeniem).

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp - w kontekście niezgodności treści ofert innych wykonawców - art. 7 ustawy Pzp nie może być samodzielną podstawą odrzucenia oferty wykonawcy, zaś Odwołujący nie zarzucili Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w postaci zaniechania odrzucenia ofert konkurencyjnych, w tym również oferty wykonawcy L.P. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą INTERTIM P.L. oraz wykonawcy InterTIM Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach. Zatem wobec niepotwierdzenia się zarzutów Odwołujących należało decyzję Zamawiającego z dnia 12 maja 2016 r. uznać za zasadną.

Odnosząc się do ogólnie do przedstawianych przez Odwołujących zarzutów, należy zauważyć, że niekwestionowanym – na co wskazywali Odwołujący - uprawnieniem wykonawców jest korzystanie z cudzych zasobów, czy też posiadanie pełnomocnika sporządzającego ofertę, jednak należało w ocenie Izby wykazać wobec przedstawionej przez Zamawiającego argumentacji w piśmie z dnia 12 maja 2016 r., że wszystkie przedstawione tam okoliczności nie stanowiły zmowy przetargowej w ujęciu horyzontalnym. Takim argumentem nie może być również okoliczność, że Zamawiający w poprzednich latach nie odrzucił ofert sporządzonych analogicznie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Przypomnienia wymaga, iż zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie

zebranego materiału. Skoro Odwołujący wywodzi, że przywołane okoliczności nie stanowią o porozumieniu wykonawców w ujęciu horyzontalnym, to powinien powyższe wykazać w toku postępowania odwoławczego. Ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, zaś postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08).

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszych odwołań. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołania podlegają oddaleniu.

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), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....

.....