

Sygn. akt: KIO 1543/16

POSTANOWIENIE
z dnia 31 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Jolanta Markowska

Aneta Mlącka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 31 sierpnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 sierpnia 2016 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Trakcja PRKił Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, ul. Złota 59 XVIII p, (00-120 Warszawa), **Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów** z siedzibą w Białymstoku, ul. Produkcyjna 102 (15-680 Białystok)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu**, ul. Wilczak 51, (61-623 Poznań)

przy udziale

wykonawcy **Colas Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, z siedzibą w Pałędzie, ul. Nowa 49 (62-070 Pałędzie) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Trakcja PRKił S.A. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów z siedzibą w Białymstoku, tytułem wpisu od odwołania i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Trakcja PRKil S.A. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów z siedzibą w Białymstoku, tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Trakcja PRKil S.A. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów z siedzibą w Białymstoku, tytułem wpisu od odwołania na rzecz Zamawiającego – Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu kwotę 3.858,00 zł.00 gr. (słownie: trzy tysiące osiemset pięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz dojazdem na posiedzenie Izby.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, w trybie przetargu nieograniczonego na *rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 188 Człuchów – Piła, CZĘŚĆ 1 na odcinku Debrzno – Lipka od km 19+125 do 23+516; CZĘŚĆ 2 w miejscowości Krajenka; CZĘŚĆ 3 na odcinku od granicy gmin Złotów/Zakrzewo do skrzyżowania z DP 1022 (z wyłączeniem skrzyżowania); CZĘŚĆ 4 na odcinku przejścia przez Błękwit w granicach administracyjnych miejscowości; CZĘŚĆ 5 wraz z budową nowego mostu nad rzeką Głomią w m. Skórka; CZĘŚĆ 6 na odcinku od m. Żelaźnica do m. Dolnik*, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2016/S 072-125365 w dniu 13 kwietnia 2016 r., wobec czynności wykluczenia z postępowania i wyboru ofert najkorzystniejszych w częściach: 3, 5 i 6 przedmiotu zamówienia, wniesione zostało w dniu 18.8.2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia: Trakcja PRKił S.A z/s w Warszawie, Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów z/s w Białymstoku (dalej jako Odwołujący) - sygn. akt KIO 1543/16.

Przedmiotowe postępowanie dotyczy przedmiotu zamówienia podzielonego na części (sześć), w którym wykonawcy mogli składać oferty na całość zadania lub na dowolną liczbę części (pkt 4.1 IDW). Odwołujący złożył ofertę na całość zadania (wszystkie sześć części), załączając wspólny dla całej oferty dokument – gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 287/W/106/5/2016 z dnia 18.5.2016 r. wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń Europa Spółka Akcyjna.

Zamawiający w dniu 1.7.2016 r. dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej we wszystkich sześciu częściach zamówienia. Wobec czynności Zamawiającego zostało wniesione przez wykonawcę Skanska S.A. odwołanie z 05.07.2016 r., w którym zakwestionowano skuteczność zabezpieczenia oferty wadium złożonej na części 1, 2 i 4 przedmiotu zamówienia.

Wyrokiem z dnia 21.7.2016 r., sygn. akt KIO 1211/16 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu *unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum: TRAKCJA PRKił S.A, Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o., ul. Złota 59/XVIII p, 00-120 Warszawa oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.*

Na niniejszy wyrok wniesiona została skarga do Sądu Okręgowego w Poznaniu przez uczestnika postępowania odwoławczego – Konsorcjum TRAKCJA PRKił S.A, Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o.

Zamawiający wykonując wyrok Izby unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dla wszystkich części zamówienia i dokonał ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu. Pismem z dnia 3.8.2016 r. poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w każdej z sześciu części zamówienia, wskazując między innymi na podstawie do wykluczenia z postępowania Konsorcjum TRAKCJA PRKił S.A i Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. Zamawiający wykluczył wykonawcę z postępowania we wszystkich częściach na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Ustawy wskazując, iż *Wniesiona Gwarancja wadialna nie ubezpiecza oferty w/w Konsorcjum*. Na podstawie art. 24 ust. 4 Ustawy uznał ofertę za odrzuconą w każdej z sześciu części przedmiotu zamówienia. Analogiczne uzasadnienie wykluczenia Konsorcjum z postępowanie zawiera pismo z 4.8.2016 r., o sprostowaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w częściach III i VI.

Niniejsze odwołanie dotyczy czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum na części 3, 5 i 6, jako naruszającej art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 23 ust. 1 i 3 Ustawy. W podstawie faktycznej zarzutów Odwołujący odnosił się do zasadności przyjęcia przez Zamawiającego, iż złożona gwarancja wadialna nie zabezpiecza oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie z tej przyczyny, iż z jej treści nie wynika, aby Gwarant udzielił zabezpieczenia dla oferty Konsorcjum. Odwołujący wywodził, iż skuteczną i ważną jest gwarancja w której jako wykonawcę wskazano *TRAKCJA PRKił Spółka Akcyjna*, a nie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Do postępowania odwoławczego przystąpił w dniu 24.8.2016 r. po stronie Zamawiającego wykonawca Colas Polska Sp. z o.o. którego ofertę Zamawiający wybrał w części 3 przedmiotu zamówienia.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 31.8.2016 r., Izba stwierdził, iż zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako Ustawa).

Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że *odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu*.

W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym zachodziła podstawa do stwierdzenia, iż odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.7.2016 r., sygn. akt KIO 1211/16. Podstawą dla takiego stwierdzenia było ustalenie, iż czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania została nakazana wyrokiem Izby bez ograniczenia w sentencji orzeczenia zakresu jego wykonania

wyłącznie do części 1, 2 i 4, których dotyczyło odwołanie z dnia 5.7.2016 r. W ocenie Izby, w świetle wspólnej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, jakie zapadło przed Izbą w wyroku nakazującym wykluczenie Konsorcjum z postępowania, i obecnie podnoszonej, a związanej z oceną dokumentu wadialnego, powtórzona czynność w postępowaniu badania zabezpieczenia oferty Konsorcjum wadium, została wykonana zgodnie z wyrokiem Izby. W ocenie składu orzekającego w niniejszym stanie faktycznym istotną była okoliczność złożenia oferty na całość zamówienia, której zabezpieczeniem był jeden, wspólny dokument wadialny obejmujący całość przedmiotu zamówienia, oceniony jako niezabezpieczający interesów Zamawiającego przez Izbę. Logicznym i zgodnym z sentencją wyroku Izby było zatem wykluczenie Konsorcjum z postępowania, wobec której to czynności obecnie wnoszone jest odwołanie. W ocenie Izby nie ma podstaw do tego aby inaczej oceniać zgodność czynności powtórzonych z nakazem wykluczenia Konsorcjum z postępowania, niż przyjmując, że brak zabezpieczenia oferty wadium powoduje, że wykonawca podlega wykluczeniu z całego postępowania. Zamawiający nie może bowiem inaczej oceniać tego samego dokumentu w odniesieniu do poszczególnych części zamówienia, co mogłoby go narazić na zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Przyjmując stanowisko przeciwne, Izba zostałaby postawiona przed koniecznością ponownej oceny tego samego dokumentu, wobec którego zapadło już rozstrzygnięcie w pierwszej instancji. Mogłoby to doprowadzić do sprzecznych rozstrzygnięć w analogicznym stanie faktycznym, gdyż Izba nie jest związana własnymi wyrokami (brak powagi rzeczy osądzonej wyrokiem Izby). Należy również mieć na uwadze, iż Konsorcjum wniosło skargę na wyrok Izby z 21.7.2016 r., a zatem wykonawca korzystał z prawa do poddania instancyjnej kontroli prawidłowości rozstrzygnięcia w spornej kwestii prawnej przez Sąd Powszechny. W ocenie Izby, w niniejszych okolicznościach odrzucenie odwołania nie pozbawia wykonawcy możliwości obrony swojej oferty, jak również poddania kontroli prawidłowości decyzji Zamawiającego przez obie instancje.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie jest odwołaniem wniesionym wobec czynności nakazanej wyrokiem Izby z 21.7.2016 r., tj. wykluczenia Konsorcjum z postępowania, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 Ustawy.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 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). Izba zaliczyła do kosztów

postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 20 tys. zł., a także uzasadnione koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem posiedzenia, na które stawili się jego pełnomocnicy, obejmujące koszty dojazdu i wynagrodzenia dla jednego pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....