

Sygn. akt: KIO 1937/13
KIO 1938/13
KIO 1994/13
KIO 1995/13
KIO 1996/13
KIO 1997/13

WYROK

z dnia 30 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Aneta Mlącka
Andrzej Niwicki

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2013 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 9 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **ZAKŁADY AUTOMATYKI KOMBUD S.A. z siedzibą w Radomiu, 26-600 Radom, ul. Wrocławska 7 (sygn. akt KIO 1937/13)**
- B. w dniu 9 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **ZAKŁADY AUTOMATYKI KOMBUD S.A. z siedzibą w Radomiu, 26-600 Radom, ul. Wrocławska 7 (sygn. akt KIO 1938/13)**
- C. w dniu 16 sierpnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „ATE” Sp. z o.o. z siedzibą w Zbąszyniu, 64-360 Zbąszyń, Plac Dworcowy 4; Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Luboniu, 62-030 Luboń, ul. Wąska 15; E=R=G Polska Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Poznaniu, 61-818 Poznań, ul. Taczaka 10 reprezentowanych przez: radcę prawnego T..... F..... ze spółki „Siuda, Filipowski i Partnerzy” Spółka Adwokatów i Radców Prawnych z siedzibą w Poznaniu, 60-771 Poznań, ul. M. Konopnickiej 6/3 (sygn. akt KIO 1994/13)**

- D. w dniu 16 sierpnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „ATE” Sp. z o.o. z siedzibą w Zbąszyniu, 64-360 Zbąszyń, Plac Dworcowy 4; Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Luboniu, 62-030 Luboń, ul. Wąska 15; E=R=G Polska Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Poznaniu, 61-818 Poznań, ul. Taczaka 10 reprezentowanych przez: radcę prawnego T..... F..... ze spółki „Siuda, Filipowski i Partnerzy” Spółka Adwokatów i Radców Prawnych z siedzibą w Poznaniu, 60-771 Poznań, ul. M. Konopnickiej 6/3 (sygn. akt KIO 1995/13)**
- E. w dniu 16 sierpnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „ATE” Sp. z o.o. z siedzibą w Zbąszyniu, 64-360 Zbąszyń, Plac Dworcowy 4; Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Luboniu, 62-030 Luboń, ul. Wąska 15; E=R=G Polska Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Poznaniu, 61-818 Poznań, ul. Taczaka 10 reprezentowanych przez: radcę prawnego T..... F..... ze spółki „Siuda, Filipowski i Partnerzy” Spółka Adwokatów i Radców Prawnych z siedzibą w Poznaniu, 60-771 Poznań, ul. M. Konopnickiej 6/3 (sygn. akt KIO 1996/13)**
- F. w dniu 16 sierpnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „ATE” Sp. z o.o. z siedzibą w Zbąszyniu, 64-360 Zbąszyń, Plac Dworcowy 4; Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Luboniu, 62-030 Luboń, ul. Wąska 15; E=R=G Polska Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Poznaniu, 61-818 Poznań, ul. Taczaka 10 reprezentowanych przez: radcę prawnego T..... F..... ze spółki „Siuda, Filipowski i Partnerzy” Spółka Adwokatów i Radców Prawnych z siedzibą w Poznaniu, 60-771 Poznań, ul. M. Konopnickiej 6/3 (sygn. akt KIO 1997/13)**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „ATE” Sp. z o.o.** z siedzibą w Zbąszyniu, 64-360 Zbąszyń, Plac Dworcowy 4; **Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Luboniu, 62-030 Luboń, ul. Wąska 15; **E=R=G Polska Sp. z o.o. Sp.k.** z siedzibą w Poznaniu, 61-818 Poznań, ul. Taczaka 10 reprezentowanych przez: radcę prawnego T..... F..... ze spółki „Siuda, Filipowski i Partnerzy” Spółka Adwokatów i Radców Prawnych z siedzibą w Poznaniu, 60-771 Poznań, ul. M. Konopnickiej 6/3 zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1938/13 po stronie odwołującego

orzeka:

1.**oddala odwołania** wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „ATE” Sp. z o.o.** z siedzibą w Zbąszyniu, 64-360 Zbąszyń, Plac Dworcowy 4; **Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Luboniu, 62-030 Luboń, ul. Wąska 15; **E=R=G Polska Sp. z o.o. p.k.** z siedzibą w Poznaniu, 61-818 Poznań, ul. Taczaka 10 reprezentowanych przez: radcę prawnego T..... F..... ze spółki „Siuda, Filipowski i Partnerzy” Spółka Adwokatów i Radców Prawnych z siedzibą w Poznaniu, 60-771 Poznań, ul. M. Konopnickiej 6/3 (sygn. akt: KIO 1994/13, KIO 1996/13 i KIO 1997/13)

2.**uwzględnia odwołania** wniesione przez wykonawcę **ZAKŁADY AUTOMATYKI KOMBUD S.A.** z siedzibą w Radomiu, 26-600 Radom, ul. Wrocławska 7 (sygn. akt: KIO 1937/13 i KIO 1938/13) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „ATE” Sp. z o.o.** z siedzibą w Zbąszyniu, 64-360 Zbąszyń, Plac Dworcowy 4; **Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Luboniu, 62-030 Luboń, ul. Wąska 15; **E=R=G Polska Sp. z o.o. Sp.k.** z siedzibą w Poznaniu, 61-818 Poznań, ul. Taczaka 10 reprezentowanych przez: radcę prawnego T..... F..... ze spółki „Siuda, Filipowski i Partnerzy” Spółka Adwokatów i Radców Prawnych z siedzibą w Poznaniu, 60-771 Poznań, ul. M. Konopnickiej 6/3 (sygn. akt KIO 1995/13) i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia ofert: wykonawcy **ZAKŁADY AUTOMATYKI KOMBUD S.A.** z siedzibą w Radomiu, 26-600 Radom, ul. Wrocławska 7 (sygn. akt KIO 1937/13 i KIO 1938/13) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „ATE” Sp. z o.o.** z siedzibą w Zbąszyniu, 64-360 Zbąszyń, Plac Dworcowy 4; **Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Luboniu,

62-030 Luboń, ul. Wąska 15; E=R=G Polska Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Poznaniu, 61-818 Poznań, ul. Taczaka 10 reprezentowanych przez: radcę prawnego T..... F..... ze spółki „Siuda, Filipowski i Partnerzy” Spółka Adwokatów i Radców Prawnych z siedzibą w Poznaniu, 60-771 Poznań, ul. M. Konopnickiej 6/3 (sygn. akt KIO 1995/13) oraz unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w sprawach o sygn. akt: KIO 1937/13 i KIO 1938/13 i KIO 1995/13

3.kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Produkcyjno-Handlowo-Uslugowy „ATE” Sp. z o.o. z siedzibą w Zbąszyniu, 64-360 Zbąszyń, Plac Dworcowy 4; Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Luboniu, 62-030 Luboń, ul. Wąska 15; E=R=G Polska Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Poznaniu, 61-818 Poznań, ul. Taczaka 10 reprezentowanych przez: radcę prawnego T..... F..... ze spółki „Siuda, Filipowski i Partnerzy” Spółka Adwokatów i Radców Prawnych z siedzibą w Poznaniu, 60-771 Poznań, ul. M. Konopnickiej 6/3 (sygn. akt: KIO 1994/13, KIO 1996/13 i KIO 1997/13) i zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74 (sygn. akt: KIO 1937/13, KIO 1938/13 i KIO 1995/13) i:****

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **120 000 zł 00 gr** (słownie: sto dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ZAKŁADY AUTOMATYKI KOMBUD S.A. z siedzibą w Radomiu, 26-600 Radom, ul. Wrocławska 7 (sygn. akt KIO 1937/13 i KIO 1938/13) i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Produkcyjno-Handlowo-Uslugowy „ATE” Sp. z o.o. z siedzibą w Zbąszyniu, 64-360 Zbąszyń, Plac Dworcowy 4; Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Luboniu, 62-030 Luboń, ul. Wąska 15; E=R=G Polska Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Poznaniu, 61-818 Poznań, ul. Taczaka 10 reprezentowanych przez: radcę prawnego T..... F..... ze spółki „Siuda, Filipowski i Partnerzy” Spółka Adwokatów i Radców Prawnych z siedzibą w Poznaniu, 60-771 Poznań, ul. M. Konopnickiej 6/3 (sygn. akt: KIO 1994/13, KIO 1995/13, KIO 1996/13 i KIO 1997/13) tytułem wpisów od odwołań****

- 3.2. zasądza od zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** na rzecz wykonawcy **ZAKŁADY AUTOMATYKI KOMBUD S.A. z siedzibą w Radomiu, 26-600 Radom, ul. Wrocławska 7 (sygn. akt KIO 1937/13 i KIO 1938/13)** kwotę **47 200 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika
- 3.3. zasądza od zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „ATE” Sp. z o.o. z siedzibą w Zbąszyniu, 64-360 Zbąszyń, Plac Dworcowy 4; Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Luboniu, 62-030 Luboń, ul. Wąska 15; E=R=G Polska Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Poznaniu, 61-818 Poznań, ul. Taczaka 10 reprezentowanych przez: radcę prawnego T..... F..... ze spółki „Siuda, Filipowski i Partnerzy” Spółka Adwokatów i Radców Prawnych z siedzibą w Poznaniu, 60-771 Poznań, ul. M. Konopnickiej 6/3 (sygn. akt: KIO 1995/13) kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika**
- 3.4. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „ATE” Sp. z o.o. z siedzibą w Zbąszyniu, 64-360 Zbąszyń, Plac Dworcowy 4; Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Luboniu, 62-030 Luboń, ul. Wąska 15; E=R=G Polska Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Poznaniu, 61-818 Poznań, ul. Taczaka 10 reprezentowanych przez: radcę prawnego T..... F..... ze spółki „Siuda, Filipowski i Partnerzy” Spółka Adwokatów i Radców Prawnych z siedzibą w Poznaniu, 60-771 Poznań, ul. M. Konopnickiej 6/3 (sygn. akt: KIO 1996/13) na rzecz zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1937/13
KIO 1938/13
KIO 1994/13
KIO 1995/13
KIO 1996/13
KIO 1997/13

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi w ramach projektu POLiŚ 7.1-59 „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na przejazdach kolejowych – etap I”, w trybie przetargu nieograniczonego, sześć postępowań na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla następujących zadań:

- 1) przetarg nr 1 „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na wybranych przejazdach kolejowych na terenie województw: zachodniopomorskiego, pomorskiego i warmińsko-mazurskiego”
- 2) przetarg nr 2 „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na wybranych przejazdach kolejowych na terenie województw: mazowieckiego i podlaskiego”
- 3) przetarg nr 3 „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na wybranych przejazdach kolejowych na terenie województw: lubelskiego, świętokrzyskiego i podkarpackiego”
- 4) przetarg nr 4 „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na wybranych przejazdach kolejowych na terenie województw: małopolskiego i świętokrzyskiego”
- 5) przetarg nr 5 „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na wybranych przejazdach kolejowych na terenie województw: opolskiego i dolnośląskiego”
- 6) przetarg nr 6 „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na wybranych przejazdach kolejowych na terenie województw: wielkopolskiego, lubuskiego, łódzkiego i kujawsko-pomorskiego”.

Ogłoszenie o zamówieniu (przetarg nr 1) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 lutego 2013 r., nr 2013/S 038-061735 (prowadzący postępowanie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie – Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Gdańsku).

Ogłoszenie o zamówieniu (przetarg nr 2) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 lutego 2013 r., nr 2013/S 039-061702 (prowadzący postępowanie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie – Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Warszawie).

Ogłoszenie o zamówieniu (przetarg nr 3) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 lutego 2013 r., nr 2013/S 039-061701 (prowadzący postępowanie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie).

Ogłoszenie o zamówieniu (przetarg nr 5) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 lutego 2013 r., nr 2013/S 038-061705 (prowadzący postępowanie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie – Centrum Realizacji Inwestycji Oddział we Wrocławiu).

Ogłoszenie o zamówieniu (przetarg nr 6) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 lutego 2013 r., nr 2013/S 038-059755 (prowadzący postępowanie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie – Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Poznaniu).

sygn. akt KIO 1937/13

W dniu 7 sierpnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę ZAKŁADY AUTOMATYKI KOMBUD S.A. z siedzibą w Radomiu, zwanego dalej „odwołującym KOMBUD”, o odrzuceniu jego oferty, **w ramach przetargu nr 2**, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. wskazując iż „(...) pismem nr DWI-1-PF-51/2013 z dnia 21 czerwca 2013 r. (pismo zawiera klauzulę poufności i nie może być udostępnione) poinformowany został przez organy administracji publicznej o wystąpieniu okoliczności, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (...)”. Jednocześnie zamawiający poinformował odwołującego KOMBUD o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

sygn. akt KIO 1938/13

W dniu 9 sierpnia 2013 r. (pismem z dnia 8 sierpnia 2013 r.) zamawiający poinformował odwołującego KOMBUD, o odrzuceniu jego oferty, **w ramach przetargu nr 3**, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jednocześnie informując o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W dniu 9 sierpnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący KOMBUD wniósł dwa odwołania (sygn. akt KIO 1937/13 (przetarg nr 2) i KIO 1938/13 (przetarg nr 3)), kwestionując te same czynności w ramach poszczególnych przetargów objętych treścią obydwu odwołań, jak również o identycznych zarzutach i wnioskach) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pism do zamawiającego w dniu 9 sierpnia 2013 r.), zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 1 i 2, art. 92 ust. 1 pkt 2, art. 93 ust. 3 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. rażące naruszenie zasady jawności poprzez zaniechanie wskazania okoliczności faktycznych i szczegółowego merytorycznego i prawnego uzasadnienia przyczyny odrzucenia oferty odwołującego KOMBUD i w konsekwencji unieważnienie postępowania
- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego KOMBUD
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania.

Jednocześnie odwołujący KOMBUD wniósł o:

- 2) unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty
- 3) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania
- 4) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący KOMBUD wskazał m.in., iż zamawiający poinformował go o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu przedmiotowego postępowania, jako podstawy prawne tych czynności, wskazując art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W piśmie tym zamawiający powołał się na bliżej nieokreślone pismo o sygn. DWI -I-PF-51/2013 z 21 czerwca 2013 r. (które - jak dalej podkreślił - jako poufne nie mogło zostać udostępnione odwołującemu KOMBUD) nadto stwierdzając, że „poinformowany został przez organy administracji publicznej o wystąpieniu okoliczności, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, co powoduje konieczność odrzucenia oferty Wykonawcy”.

Niemniej jednak odwołujący KOMBUD podniósł, iż bezwzględnym obowiązkiem zamawiającego jest powiadomienie wykonawcy o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania z zachowaniem zasad wynikających z przepisu art. 8 ust. 1, art. 92 ust. 1 pkt 2 i art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym nie może zostać uznane za uzasadnienie faktyczne i prawne zacytowanie konkretnego przepisu i wskazanie wewnętrznej sygnatury pisma oraz jego daty, gdyż ograniczenie zasady jawności postępowania może nastąpić wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie a takich okoliczności zamawiający w cytowanym piśmie nie wykazał. Obowiązkiem zamawiającego jest podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego zarówno decyzji o odrzuceniu oferty, jak i o unieważnieniu

postępowania. Tymczasem pismo zamawiającego nie zawiera żadnego uzasadnienia podjętych czynności, co bezprawnie ogranicza odwołującemu KOMBUD prawo obrony naruszenia swojego interesu.

Niezależnie od powyższego odwołujący KOMBUD podniósł, iż kategorycznie zaprzecza rzekomym rewelacjom poufnego pisma i twierdzeniom zamawiającego jakoby złożenie przez niego oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż zamawiający nie wykazał ani nie też uprawdopodobnił, aby taka okoliczność miała w ogóle miejsce.

W dniu 14 sierpnia 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Produkcyjno-Handlowo-Uslugowy „ATE” Sp. z o.o. z siedzibą w Zbąszyniu, Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Luboniu i E=R=G Polska Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Poznaniu, zwanych dalej „konsorcjum ATE”, do przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1938/13, toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 16 sierpnia 2013 r. (pismem z dnia 14 sierpnia 2013 r.) konsorcjum ATE przystąpiło do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1938/13, po stronie odwołującego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

sygn. akt KIO 1994/13

W dniu 7 sierpnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Produkcyjno-Handlowo-Uslugowy „ATE” Sp. z o.o. z siedzibą w Zbąszyniu, Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Luboniu i E=R=G Polska Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Poznaniu, zwanych dalej „odwołującego ATE”, o odrzuceniu jego oferty, **w ramach przetargu nr 6**, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując iż „(...) zamawiający pismem nr DWI-1-PF-51/2013 z dnia 21 czerwca 2013 r. (pismo zawiera klauzulę poufności i nie może być udostępnione) poinformowany został przez organy administracji publicznej o wystąpieniu okoliczności, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (...)”. Jednocześnie zamawiający poinformował odwołującego ATE o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że wszystkie oferty (łącznie z ofertami odrzuconymi), które zostały złożone w niniejszym postępowaniu przewyższają kwotę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

sygn. akt KIO 1995/13

W dniu 9 sierpnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował odwołującego ATE o odrzuceniu jego oferty, **w ramach przetargu nr 3**, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując iż „(...) zamawiający pismem nr DWI-1-PF-51/2013 z dnia 21 czerwca 2013 r. (pismo zawiera klauzulę poufności i nie może być udostępnione) poinformowany został przez organy administracji publicznej o wystąpieniu okoliczności, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (...)”. Jednocześnie informując o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp., tj. wobec odrzucenia wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

sygn. akt KIO 1996/13

W dniu 9 sierpnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował odwołującego ATE o odrzuceniu jego oferty, **w ramach przetargu nr 1**, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując iż „(...) zamawiający pismem nr DWI-1-PF-51/2013 z dnia 21 czerwca 2013 r. (pismo zawiera klauzulę poufności i nie może być udostępnione) poinformowany został przez organy administracji publicznej o wystąpieniu okoliczności, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (...)”. Jednocześnie zamawiający poinformował odwołującego ATE o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu oraz cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

sygn. akt KIO 1997/13

W dniu 8 sierpnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował odwołującego ATE o odrzuceniu jego oferty, **w ramach przetargu nr 5**, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując iż „(...) zamawiający pismem nr DWI-1-PF-51/2013 z dnia 21 czerwca 2013 r. (pismo zawiera klauzulę poufności i nie może być udostępnione) poinformowany został przez organy administracji publicznej o wystąpieniu okoliczności, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (...)”. Jednocześnie zamawiający poinformował odwołującego ATE o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu oraz cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną

przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

W dniu 16 sierpnia 2013 r. (pismem z dnia 14 sierpnia 2013 r.- odwołania o sygn. akt KIO 1994/13 KIO 1995/13 i KIO 1996/13 oraz pismem z dnia 13 sierpnia 2013 r. – odwołanie o sygn. akt KIO 1997/13) odwołujący ATE wniósł cztery odwołania (sygn. akt KIO 1994/13 (przetarg nr 6), KIO 1995/13 (przetarg nr 3), KIO 1996/13 (przetarg nr 1) i KIO 1997/13 (przetarg nr 5)), kwestionując te same czynności w ramach poszczególnych przetargów objętych treścią poszczególnych odwołań, jak również o identycznych zarzutach i wnioskach) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pism do zamawiającego w dniu 14 sierpnia 2013 r.) od czynności zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego ATE w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 3) ustawy Pzp
- 2) unieważnieniu przedmiotowego postępowania - na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4) ustawy Pzp, albowiem w ocenie zamawiającego wszystkie oferty (łącznie z ofertami odrzuconymi) złożone w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia przewyższają kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez niezasadne uznanie, iż złożenie oferty przez odwołującego ATE stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji jej odrzucenie
- 2) naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, przez zaniechanie podania jednoznacznego i kompletnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego ATE
- 3) naruszenie art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez odwołanie się w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego ATE do nieznannej odwołującemu ATE treści pisma z dnia 21 czerwca 2013 roku skierowanego przez nieznanego organ administracji publicznej (bez podania choćby nazwy tegoż organu), z zastrzeżeniem, iż jest ono rzekomo opatrzone klauzulą poufności i nie może być udostępnione, co w oczywisty sposób spowodowało naruszenie zasady jawności postępowania i uniemożliwia odwołującemu realną ocenę przesłanek odrzucenia złożonej przez niego oferty
- 4) naruszenie przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2001, Nr 112, poz. 1198 ze zm.), w tym w szczególności art. 2 ust. 1 i art. 5 ust. 1 i 2 tej ustawy poprzez utajnienie treści dokumentu stanowiącego podstawę odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, pomimo braku ku temu

przesłanek wskazanych w ww. ustawie i powołanych wyżej przepisach, w tym w art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp

- 5) naruszenie przepisów ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2010, Nr 182, poz. 1228), w tym w szczególności art. 5 ust. 1-5 poprzez utajnienie treści dokumentu z dnia 21 czerwca 2013 roku skierowanego przez organ administracji publicznej (bez podania choćby nazwy tegoż organu) bez jakiegokolwiek wskazania jaki rodzaj informacji niejawnej zawiera ww. dokument i klasyfikacji tej informacji zgodnie z przepisami art. 5 ww. ustawy
- 6) naruszenie przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, Nr 153, poz. 1503 ze zm.), w tym w szczególności art. 3 ust. 1 i ust. 2, art. 5- 17d tej ustawy poprzez błędne uznanie, że złożenie oferty przez odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów tej ustawy
- 7) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego ATE do złożenia wyjaśnień, co do treści złożonej oferty i nie dołożenie należytej staranności w celu weryfikacji czy złożenie oferty przez odwołującego ATE stanowić może czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało błędną oceną złożonej oferty, przyjęciem, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i jej odrzuceniem
- 8) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt. 4) ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo braku ku temu przesłanek określonych w tym przepisie i posiadania przez zamawiającego środków na realizację i sfinansowanie istotnego zamówienia

co doprowadziło również do naruszenia przez zamawiającego zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie odwołujący ATE wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty
- 2) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego ATE jako prawidłowej, której złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Ponadto odwołujący ATE wniósł o:

- 1) zwrócenie się przez Krajową Izbę Odwoławczą do Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego i zobowiązanie ww. Sądu do przedłożenia do akt niniejszego postępowania dokumentów finansowych, w tym w szczególności sprawozdania finansowego (rachunku zysków i strat, bilansu, informacji dodatkowej, wprowadzenia do tegoż sprawozdania), sprawozdania zarządu z działalności, opinii biegłego rewidenta spółki PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie - za rok 2012 w celu ustalenia, czy zamawiający posiada środki na realizację zamówienia, a w konsekwencji w celu ustalenia czy zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania w oparciu o art.93 ust. 1 pkt. 4) ustawy Pzp
- 2) zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia do akt niniejszego postępowania dokumentów, w tym decyzji o przyznaniu dofinansowania ze środków wspólnotowych na realizację projektu „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na przejazdach kolejowych - ETAP I” POIiŚ 7.1.-59, w ramach którego to projektu zamawiający ogłosił i wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania: Przetarg nr 6 „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na wybranych przejazdach kolejowych na terenie województw: wielkopolskiego, lubuskiego, łódzkiego i kujawsko-pomorskiego”, w szczególności w celu udzielenia informacji, co do wysokości udzielonego dofinansowania, jak również jego warunków, w tym czy środki udzielone w ramach ww. projektu mogą ulec przesunięciu w ramach organizowanych przez zamawiającego przetargów i czy zamawiający posiada środki finansowe na realizację zamówienia
- 3) zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia do akt niniejszej sprawy dokumentacji z postępowań przetargowych ogłoszonych i prowadzonych przez zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie reprezentowanego przez:
 - a) Centrum Realizacji Inwestycji w Lublinie (Oddział w Lublinie) na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania – Przetarg nr 3: „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na wybranych przejazdach kolejowych na terenie województw: lubelskiego, świętokrzyskiego i podkarpackiego” (nr IR02ZAd-216-P0IiŚ 7.1-59-30/12/13)
 - b) Centrum Realizacji Inwestycji we Wrocławiu (Oddział we Wrocławiu) – na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania – Przetarg nr 5: „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na wybranych przejazdach kolejowych na terenie województw: opolskiego i dolnośląskiego” (nr IR06ZA-216-41 -10/2012/2013/POIiŚ 7.1-59)

- c) Centrum Realizacji Inwestycji w Gdańsku (Oddział w Gdańsku) – na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania – Przetarg nr 1: „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na wybranych przejazdach kolejowych na terenie województw: zachodniopomorskiego, pomorskiego i warmińsko-mazurskiego” (nr IR05ZAC-216-04/POLIŚ 7.1 -59/2012-2013; 9090/IR05ZA/000030/13/P)
- d) Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie (Oddział w Warszawie) na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania – Przetarg nr 2: „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na wybranych przejazdach kolejowych na terenie województw: mazowieckiego i podlaskiego” (nr IR01ZAe216-18/2012/2013 POLIŚ)
- e) Centrum Realizacji Inwestycji w Krakowie (Oddział w Krakowie) – na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania – Przetarg nr 4: „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na wybranych przejazdach kolejowych na terenie województw: małopolskiego i śląskiego” (nr 9090/IR03ZA1/000026/13/P);

realizowanych w ramach projektu współfinansowanego ze środków wspólnotowych „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na przejazdach kolejowych - ETAP I” POLIŚ 7.1.-59, które to postępowania zostały również przez zamawiającego unieważnione, a złożone w nich oferty odrzucone w oparciu o identyczne przesłanki jak oferta odwołującego ATE w niniejszym postępowaniu - na okoliczność, iż z uwagi na unieważnienie innych postępowania, jak również z uwagi na fakt, że w niektórych z ww. postępowania (tj. w postępowaniu opisanym w pkt. D prowadzonym przez Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie oraz w postępowaniu opisanym w pkt. a) powyżej realizowanym przez Centrum Realizacji Inwestycji w Lublinie - najkorzystniejsze oferty zawierały niższą cenę niż kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia wskutek czego zamawiający posiada *de facto* środki finansowe na realizację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a środki te mogą zostać przez zamawiającego rozdysponowane godnie z decyzją zamawiającego

- 1) zwrócenie się do zamawiającego i zobowiązanie zamawiającego do przekazania informacji dotyczącej prowadzonych przez zamawiającego w ciągu ostatnich trzech lat postępowania przetargowych, z podaniem kwot jakie zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację tych zadań oraz podaniem wartości ofert jakie zostały w tych postępowaniach wybrane, a to celem wykazania iż w okresie tym zamawiający rozstrzygnął wiele przetargów i zrealizował szereg inwestycji na które przeznaczył mniej środków, niż to było planowane. Co za tym idzie - zamawiający posiada kwoty jakie mógłby wydatkować w niniejszej sprawie

- 2) przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego pisma, w tym informacji z otwarcia ofert z postępowań opisanych w pkt. 6 ppkt. a)-e) powyżej oraz niniejszego postępowania, zawiadomień skierowanych przez zamawiającego do odwołującego ATE w ww. postępowaniach a dotyczących odrzucenia oferty odwołującego ATE i unieważnienia postępowania - na okoliczność braku podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego ATE w niniejszym postępowaniu oraz braku podstaw do unieważnienia niniejszego postępowania, w szczególności zaś na okoliczność, że zamawiający posiada środki na sfinansowanie zamówienia.

Jednocześnie odwołujący ATE wniósł o zasądzenie od zamawiającego zwrotu poniesionych przez niego kosztów związanych z wniesieniem odwołania, w tym kosztów zastępstwa prawnego w kwocie 3.600,00 złotych i kosztu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 51,00 złotych (3 x 17,00 zł) oraz kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (według rachunków jakie zostaną przedłożone).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący ATE wskazał m.in.:

Odnośnie zarzutu dotyczącego odrzucenia jego oferty odwołujący ATE podniósł, iż zamawiający w ogóle nie wskazał jakiego czynu nieuczciwej konkurencji dopuścił się odwołujący ATE, a który to czyn uzasadniałby odrzucenie złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3) ustawy Pzp. Zważywszy dodatkowo na fakt, że ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określa niejedno, ale różnorodne zachowania, które mogą zostać - w określonych okolicznościach - uznane za czyny nieuczciwej konkurencji, zaś katalog tych zachowań jest katalogiem otwartym, zamawiający - aby umożliwić wykonawcy skuteczną obronę i zakwestionowanie decyzji zamawiającego w przedmiocie odrzucenia złożonej przez wykonawcę oferty w oparciu o przesłankę art. 89 ust. 1 pkt. 3) ustawy Pzp - winien wskazać, którego konkretnie czynu nieuczciwej konkurencji dopuścił się wykonawca, a które to zachowanie uzasadnia w ocenie zamawiającego odrzucenie złożonej przez wykonawcę oferty. Z uwagi na to, że zamawiający nie podał o jaki czyn nieuczciwej konkurencji chodzi, odwołującemu ATE niezwykle trudno odnieść się do tak postawionego - w sposób całkowicie ogólnikowy i lakoniczny - zarzutu. Zgodnie z bogatym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp możliwe jest wyłącznie wtedy, gdy zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji został udowodniony oraz uzasadniony, w tym także przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który został naruszony. W niniejszej sprawie zamawiający nie tylko nie uzasadnił ani nie udowodnił, aby odwołujący ATE dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, ale w ogóle nie podał o jaki czyn ewentualnie chodzi. Tym samym czynność odrzucenia oferty odwołującego ATE jest całkowicie wadliwa i jako taka winna zostać unieważniona.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2) i art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp odwołujący ATE podniósł, iż zgodnie z treścią powołanego przepisu niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Nadto zgodnie z art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Nie ujawnia się także informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, z zastrzeżeniem jednak, że wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Uzasadnienie decyzji zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego ATE nie zawiera wskazania, takiego czynu nieuczciwej konkurencji dopuścił się odwołujący ATE składając ofertę, nie zawiera również ani uzasadnienia prawnego ani faktycznego podjętej decyzji - za takie bowiem nie może zostać uznane lakoniczne powołanie się na art. 89 ust. 1 pkt. 3) ustawy Pzp i jednozdaniowe odniesienie się do nieznanego odwołującemu ATE dokumentu, opatrzonego rzekomo klauzulą poufności. Powyższe czyni praktycznie niemożliwym skuteczną obronę odwołującego ATE i skuteczne zakwestionowanie podjętej przez zamawiającego decyzji. Nieznane są bowiem podstawy i powody, dla których zamawiający odrzucił złożoną przez odwołującego ATE ofertę. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza przyczyny odrzucenia oferty nie mogą być pozostawione domyślności wykonawcy. Przyczyny podane w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy - warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Z tego względu brak precyzyjnego wskazania z czego wynika odrzucenie oferty, prowadzi do wniosku, iż zamawiający w istocie nie poinformował odwołującego ATE o przyczynie odrzucenia jego oferty. To bowiem na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn podjętych czynności, które rzutują na uprawnienia wykonawcy, wynikające z faktu złożenia oferty. W niniejszym stanie faktycznym odwołujący ATE został w oczywisty sposób pozbawiony możliwości efektywnego korzystania ze środków ochrony prawnej, na skutek nie poinformowania go w sposób wyczerpujący i kompletny o przyczynach wyeliminowania jego oferty z istotnego postępowania.

Odnośnie zarzutu unieważnienia postępowania odwołujący ATE podniósł, iż – zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,

chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Wedle wiedzy odwołującego ATE zamawiający posiada środki na sfinansowanie zamówienia, albowiem projekt, w ramach którego realizowane jest istotne postępowanie przetargowe - „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na przejazdach kolejowych - ETAP I” POIiŚ 7.1.-59 współfinansowany jest ze środków wspólnotowych. Z treści ogłoszenia o zamówieniu, które ukazało się w dniu 19 lutego 2013 roku w Dzienniku Urzędowym UE, Zamawiający wskazał, że cała wartość ww. projektu opiewa na kwotę 240.000.000 PLN netto, zaś szacunkowa wartość dla zadania - przetargu nr 6 - „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na wybranych przejazdach kolejowych na terenie województw: wielkopolskiego, lubuskiego, łódzkiego i kujawsko-pomorskiego” wynosi 40.675.000 PLN netto, przy czym przed otwarciem ofert zamawiający podał, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 50.031.234 PLN brutto. Mimo, iż zamawiający unieważnił wszystkie postępowania to miał i nadal ma realną możliwość przesunięcia środków finansowych przeznaczonych np. na realizację zamówień opisanych wyżej na realizację zamówienia określonego w niniejszym postępowaniu.

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 sierpnia 2013 r., na podstawie art. 189 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, ww. odwołania zostały skierowane do łącznego rozpoznania przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony do sprawy o sygn. akt KIO 1937/13.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołujących KOMBUD i ATE w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając iż odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1937/13, KIO 1938/13 i KIO 1995/13 zasługują na uwzględnienie. Natomiast odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1994/13, KIO 1996/13 i KIO 1997/13 nie zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w ramach przetargu nr 1, 2, 3, 5 i 6 odrzucił oferty odwołującego KOMBUD (przetarg nr 2 i 3) oraz oferty odwołującego ATE (przetarg nr 1, 3, 5 i 6) jako podstawę prawną odrzucenia ofert tych wykonawców, podając art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Nadto zamawiający poinformował wykonawców, iż „w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający pismem nr DWI-1-PF-51/2013 z dnia 21-go czerwca 2013 r. (pismo zawiera klauzulę poufności i nie może być udostępnione) poinformowany został przez organy administracji publicznej o wystąpieniu okoliczności, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, co powoduje konieczność odrzucenia oferty Wykonawcy”.

Jednocześnie zamawiający poinformował odwołujących o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu oraz cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty (przetarg nr 1, 2, 3 i 5 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp; przetarg nr 1, 5 i 6 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oferta podlega odrzuceniu jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji – zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Takie czyny przykładowo wskazano w ustępie 2 tego artykułu, doprecyzowując ich znamiona w art. 5 – 17 d ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym zamawiający stwierdzając, iż konkretne zachowanie danego wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zobowiązany jest wskazać jaki to jest czyn (w przypadku gdy chodzi o czyn stypizowany w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), względnie, gdy chodzi o czyn niestypizowany, ale który da się wywieść z klauzuli generalnej tejże ustawy, na czym ów czyn polega, a więc winien określić jakiego działania sprzecznego z uczciwą rywalizacją rynkową wykonawca się dopuścił. W niniejszym stanie faktycznym zamawiający poza wskazaniem podstawy prawnej odrzucenia oferty wykonawców wynikającej z przepisów ustawy Pzp (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) nie podał przepisu prawa definiującego ów czyn (wynikającego z ustawy o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), a którego popełnienia – w ocenie zamawiającego – wykonawcy (odwołujący KOMBUD i odwołujący ATE) się dopuścili. Zamawiający także na rozprawie nie podał jakiego czynu wykonawcy się dopuścili, podkreślając jedynie, iż podejrzewa popełnienie przez odwołujących się wykonawców czynu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp możliwe jest tylko wtedy, gdy zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji został udowodniony i uzasadniony, a nie wtedy gdy istnieje jedynie jego podejrzenie. Tak więc to zamawiający – zgodnie z art. 6 k.c. – powinien udowodnić zaistnienie okoliczności uzasadniających odrzucenie ofert, a więc wykazać popełnienie przez wykonawców (w tym przypadku odwołującego KOMBUD i odwołującego ATE) czynu nieuczciwej konkurencji, swe twierdzenia popierając dowodami, przekazując stosowną informację wykonawcom, których oferty zostały odrzucone. Zgodnie bowiem z treścią art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp „niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o (...) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne (...)”. Informacja ta (przekazana wykonawcom w tym konkretnym postępowaniu), co jest niewątpliwie, zawiera wskazanie podstawy prawnej odrzucenia ofert. Tym niemniej brak jest w niej szczegółowego uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia ofert odwołującego KOMBUD i odwołującego ATE. Uzasadnienie zawarte w przekazanej wykonawcom informacji jest ogólnikowe i niewystarczające dla wywiedzenia skutków prawnych z tego przepisu dla obydwu odwołujących. Zamawiający jako podstawę prawną odrzucenia ofert, w tym konkretnym przypadku, a więc powołania art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, powinien był podać jakiego to czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odwołujący się dopuścili. Zamawiający zobowiązany jest bowiem do wyczerpującego wyjaśnienia przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznacznego wskazania wszystkich podstaw, na których oparł decyzję o odrzuceniu oferty, a więc także i stypizowania czynu zarzucanego danemu wykonawcy. Tymczasem z treści informacji podanej w uzasadnieniu faktycznym nie wynika co było rzeczywistym powodem odrzucenia oferty odwołującego KOMBUD i odwołującego ATE. Zamawiający odwołuje się jedynie lakonicznie do pisma o bliżej nieokreślonej treści i pochodzącego od nieokreślonego organu. To na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji i to w taki sposób aby wykonawca, którego oferta została odrzucona miał pełną wiedzę na temat przyczyn odrzucenia jego oferty. Wykonawca nie powinien bowiem domniemywać jakie są przyczyny odrzucenia jego oferty, gdyż to zamawiający – zgodnie z art. 6 k.c. – powinien udowodnić zaistnienie okoliczności uzasadniających odrzucenie ofert, a więc wykazać popełnienie przez wykonawców (odwołującego KOMBUD i odwołującego ATE) czynu nieuczciwej konkurencji, swe twierdzenia popierając stosownymi dowodami. Takich okoliczności zamawiający także

przed Izbą nie wykazał, mimo, iż postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym i z jego istoty wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą określone skutki prawne. Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku zastępowania stron w poszukiwaniu i przedstawianiu dowodów na wykazanie stawianych przez strony tez. Ciężar dowodu obciąża bowiem stronę, która z określonego faktu wywodzi skutki prawne, w tym przypadku zamawiającego. A ponieważ zamawiający nie wykazał zasadności odrzucenia ofert odwołujących się wykonawców i nie przedstawił w tym celu żadnych dowodów okoliczność tę uzasadniających zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 92 ust. 1 pkt 2 i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w ramach wszystkich kwestionowanych postępowań (przetarg nr 1, 2, 3, 5 i 6) potwierdził się.

Niemniej jednak czynność odrzucenia ofert winna być unieważniona wyłącznie w ramach przetargu nr 2 i 3 (odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 1937/13, KIO 1938/13 i KIO 1995/13). Tym samym w ramach tych postępowań winna być także unieważniona czynność unieważnienia postępowania (przetarg nr 2 i przetarg nr 3).

Natomiast Izba nie nakazuje unieważnienia czynności odrzucenia ofert w ramach przetargu nr 1, 5 i 6 z uwagi na, że uchybienia jakich dopuścił się zamawiający w ramach tych przetargów nie mają i nie mogą mieć wpływu na wynik przedmiotowych postępowań. W ramach tych właśnie przetargów zamawiający bowiem unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z treścią którego zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jeżeli „cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty”. Odwołujący ATE w ramach przetargu nr 1 zaoferował bowiem cenę netto w kwocie 39 321 966,00 zł, cenę brutto w kwocie 48 366 018,18 zł, podczas gdy zamawiający przed otwarciem ofert jako cenę, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia podał kwotę 41 530 950,00 zł brutto (protokół postępowania druk ZP-PN). Odwołujący ATE w ramach przetargu nr 5 zaoferował cenę netto w kwocie 43 449 000,00 zł, cenę brutto w kwocie 53 442 270,00 zł, podczas gdy zamawiający przed otwarciem ofert jako cenę, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia podał kwotę 35 405 550,00 zł brutto (protokół postępowania druk ZP-PN). Odwołujący ATE w ramach przetargu nr 6 zaoferował cenę netto w kwocie 46 002 565,00 zł, cenę brutto w kwocie 56 583 154,95 zł, podczas gdy zamawiający przed otwarciem ofert jako cenę, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia podał kwotę 50 031 234,00 zł brutto (protokół postępowania druk ZP-PN). Niewątpliwym jest więc, iż w ramach tych przetargów (1, 5 i 6) kwota oferty odwołującego ATE przewyższała kwotę, którą zamawiający podał przed otwarciem ofert jako tę kwotę, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia objętego danym

przetargiem. Dla każdego z tych przetargów zamawiający podał bowiem kwotę jaką zamierza przeznaczyć na tę konkretną realizację. W konsekwencji tego, jak i okoliczności, iż każdy z przetargów był przedmiotem odrębnego ogłoszenia, każdy z tych przetargów należy traktować autonomicznie. Brak więc jest podstaw do żądania przesunięcia środków finansowych w ramach tych przetargów. W świetle art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp w każdym przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i którą podał przed otwarciem ofert zachodzi przesłanka do unieważnienia postępowania i tylko wolą zamawiającego pozostaje czy z niej skorzysta, czy też zechce na sfinansowanie zamówienia przeznaczyć kwotę większą niż pierwotnie planował. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 24 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 131/08 „niekwestionowanym winno pozostawać że to zamawiający dokonuje oceny, jaka kwotę może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a kontrola gospodarowania środkami finansowymi przez zamawiającego nie należy do kompetencji uczestników postępowania”. Odwołujący nie ma więc prawa do domagania się zwiększenia środków finansowych w ramach kwestionowanych przetargów. Brak jest też podstaw do przeprowadzania w tym zakresie postępowania dowodowego na okoliczność tego, czy zamawiający posiada środki finansowe na realizację tego zamówienia. Decyzja o ewentualnym przesunięciu środków finansowych w ramach budżetu zamawiającego jest bowiem jego suwerenną decyzją, a badanie jego budżetu, jak i nakazywanie mu jakichkolwiek przesunięć w budżecie nie znajduje oparcia w przepisach. Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania, a także dokumenty złożone na rozprawie przez strony oraz uczestnika postępowania, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 i 4 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego KOMBUD w sprawach o sygn. akt KIO 1937/13 i KIO 1938/13 i ograniczając je do wysokości 7 200,00 zł (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego ATE w sprawie o sygn. akt KIO 1995/13 w wysokości 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1996/13 w wysokości 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na podstawie faktur złożonych do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

.....