

Sygn. akt: 415/17

WYROK
z dnia 17 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron dnia 15 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 6 marca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **konsorcjum: T. Sp. z o. o. (pełnomocnik wykonawców) z siedzibą w (...) ul. (...) i G. P. S.L z (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **C. Sp. z o. o., ul. (...)** przy udziale wykonawcy **S. S.A. 72-76 r. H. F. (...)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i wykluczenia tego podmiotu z postępowania oraz nakazuje zamawiającemu wezwanie odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
2. kosztami postępowania obciąża **C. Sp. z o. o. z siedzibą w (...)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **T. Sp. z o. o. (pełnomocnik wykonawców) z siedzibą w (...) i G. P. S.L. z (...)** tytułem wpisu od odwołania.

2.1 Zasądza od **C. Sp. z o. o. z siedzibą w (...)** na rzecz wykonawców **T. Sp. z o. o. (pełnomocnik wykonawców) z siedzibą w (...)** i **G. P. S.L. z siedzibą w (...)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) 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: 415/17

Uzasadnienie

Zamawiający – C. sp. z o.o. z siedzibą (...) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Opracowanie Studium Wykonalności i projektu budowlanego dla Projektu 2015-PL-TM-0037-S „Modernizacja infrastruktury kolejowej w rejonie przeładunkowym (...) korytarz nr 8 linii towarowych na granicy (...) z (...) – prace studyjne”.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia T. Sp. z o.o. i G. P. S. L. (dalej „Odwołujący”) działając na podstawie przepisów art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) (dalej „Ustawa” lub „PZP”) w postępowaniu wnieśli odwołanie od:

1. niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy S. SA (dalej „S.”) jako oferty najkorzystniejszej pomimo, iż oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,
2. niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 12 Ustawy pomimo, iż Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.1. Instrukcji dla Wykonawców (dalej „IDW”),
3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania podania uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego,
4. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
5. niezgodnej z prawem czynności oceny ofert, tj. oceny ofert w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, z ostrożności procesowej:
6. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień,
7. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

II. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy - poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zaś dokonania oceny ofert w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2. naruszenie przepisu 24 ust. 2 pkt 12 Ustawy - poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo iż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.1, IDW;
3. naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 Ustawy - poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego;
4. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Ustawy - poprzez wybór oferty S. jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta S. nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
5. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Ustawy - poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

z ostrożności procesowej:

6. naruszenie przepisu art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 Ustawy - poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień,
7. naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy - poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

III. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru ofert, w tym w szczególności unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego;
2. prowadzenia postępowania, w szczególności zaś dokonania oceny ofert, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
3. dokonania powtórnej oceny ofert, z udziałem oferty Odwołującego;
4. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

z ostrożności procesowej:

5. podania uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego,
6. wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień,
7. wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący w dniu 23 lutego 2017 roku otrzymał od Zamawiającego pismo „Zawiadomienie o wyborze oferty”. Zamawiający informował w przedmiotowym piśmie, iż jako oferta najkorzystniejsza została wybrana oferta S., zaś Odwołujący został wykluczony z

postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 12 Ustawy, wobec nie wykazania spełnienia warunku określonego w pkt 8.2.1. IDW. Zamawiający nie wskazał żadnych szczegółów oprócz powyższego enigmatycznego odwołania się do pkt 8.2.1. IDW. W związku z czym Odwołujący w dniu 24 lutego 2017 roku zwrócił się do Zamawiającego o unieważnienie czynności wykluczenia wobec oczywistego naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 Ustawy, tj. zaniechania podania podstawy wykluczenia Odwołującego. Odwołujący pismem z dnia 24 lutego 2017 roku odpowiedział, że w piśmie „z dnia 23 lutego 2017 roku podane zostało prawne i faktyczne uzasadnienie wykluczenia”. Jednocześnie Zamawiający zacytował w piśmie brzmienie art. 8.2.1. IDW.

Odwołujący podnosi, że także w piśmie z dnia 24 lutego 2017 roku Zamawiający zaniechał podania uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego. Z całą pewnością za takie uzasadnienie nie może zostać uznane zacytowanie brzmienia SIWZ czy też IDW, a tylko do tego ograniczył się Zamawiający. Tymczasem podania uzasadnienia faktycznego powinno zawierać zarzuty Zamawiającego w stosunku do sposobu wykazania warunku spełnienia udziału w postępowaniu. W szczególności w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający powinien wskazać, które Studium Wykonalności i/lub projekt budowlany nie spełnia - według Zamawiającego - warunków określonych w IDW oraz w jakim zakresie zachodzi owo niespełnienie.

W niniejszym postępowaniu należało się wykazać wykonaniem co najmniej 2 Studiów Wykonalności oraz 2 projektów budowlanych. Wobec braku uzasadnienia faktycznego Odwołujący nie ma obecnie żadnej wiedzy, które wskazane w ofercie Studium czy też projekt Zamawiający kwestionuje. W szczególności Odwołujący nie ma wiedzy, czy Zamawiający kwestionuje tylko 1 z wykonanych prac, czy też może wszystkie wykonane prace. A zatem nie istnieje w ogóle możliwość wniesienia skutecznego odwołania, gdyż Odwołujący musiałby się domyślać, co było podstawą jego wykluczenia - tzn. w stosunku do których prac Zamawiający postawił zarzuty i jaka jest treść tych zarzutów. W szczególności brak wskazania konkretnych zarzutów - np. czy Zamawiający kwestionuje okres wykonania, wartość projektu czy też zakres projektu - uniemożliwia Odwołującemu skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący - jeśli chciałby wykazać, że nie podlega wykluczeniu - musiałby obecnie w odwołaniu wykazać spełnienie warunków udziału w stosunku do każdej z prac wskazanych w ofercie. Z kolei - wobec braku wskazania przez Zamawiającego w piśmie o wyborze oferty podstaw faktycznych wykluczenia - Odwołujący nie jest zobowiązany odnosić się takich podstaw wykluczenia, które nie zostały przez Zamawiającego wskazane.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie wyczerpał trybu wyjaśnień treści oferty. Jeśli Zamawiający miał wątpliwości co do treści oferty Odwołującego,

w tym co do zakresu wskazanych celem wykazania spełniania warunków udziału prac - Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do złożenia odpowiednich wyjaśnień, wskazując w wezwaniu swoje wątpliwości i zastrzeżenia.

Na zakończenie argumentacji Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie mógł skutecznie wykluczyć Odwołującego z postępowania, gdyż nie wyczerpał uprzednio obligatoryjnego wezwania Odwołującego do złożenia czy uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwania, jednakże każde z tych wezwań było wezwaniem w trybie art. 26 ust. 4 Ustawy. Żadne z wezwań nie było wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, zaś Odwołujący nie uzupełniał treści oferty w zakresie Wykazu usług. Już samo naruszenie art. 26 ust. 3 Ustawy wskazuje na wadliwość wykluczenia Odwołującego.

Pozostała część uzasadnienia w zakresie stanu faktycznego została zawarta w Załączniku Nr 1 do odwołania - ze względu na fakt, że treść oferty Odwołującego w zakresie Wykazu usług została skutecznie objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, zaś uzasadnienie ze swej istoty odnosi się do tej części oferty.

Pozycja oferty Odwołującego w przypadku dokonania oceny tej oferty.

Odwołujący wskazuje, iż gdyby Zamawiający ocenił ofertę Odwołującego zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - oferta Odwołującego otrzymałaby największą ilość punktów spośród wszystkich ofert nie podlegających odrzuceniu.

Wykonawca	Cena w PLN brutto	Okres gwarancji
Konsorcjum T.	5.928.600,00	60 miesięcy
S.	7.995.000,00	60 miesięcy

W pozacenowych kryteriach oceny zarówno Odwołujący jak i S. podali takie same wartości. Z kolei cena oferty Odwołującego jest niższa od ceny oferty S. o 2 066 400,00 złotych brutto. Odwołujący ma Interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Ustawy oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku rozstrzygnięcia Zamawiającego polegającego na bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego, a w konsekwencji - zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej - Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów Ustawy - oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący został poinformowany o czynnościach i zaniechaniach Zamawiającego w dniu 23 lutego 2017 roku, a zatem niniejsze odwołanie wniesione jest z zachowaniem 10-dniowego terminu przewidzianego w Ustawie.

Załączniki; 1. Załącznik nr 1- Tajemnica przedsiębiorstwa.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska do protokołu.

Odwołujący przypomniał treść uzasadnienia decyzji zamawiającego o wykluczeniu z postępowania wskazując na brak informacji o faktycznych przyczynach czynności. Przypomniał przebieg badania ofert przez zamawiającego, w tym żądanie złożenia określonych wyjaśnień. Zauważył jednocześnie, że zamawiający zaniechał zastosowania wobec odwołującego art. 26 ust. 3 ustawy skoro uznał, że zachodziły takie przesłanki. Podtrzymał stwierdzenie, że spełnia wymagane warunki udziału w postępowaniu opisane w pkt 8.2.1.SIWZ - IDW. Stwierdził, że zamawiającym przedstawia stanowisko wykraczające poza zarzuty odwołania przez próbę wskazania, które projekty spełniają lub nie, postawione warunki. Przypomniał że zarzuty podnosi w stosunku do braku podstaw faktycznych wykluczenia go z postępowania oraz zaniechania zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Zauważył, że Zamawiający potwierdził w toku rozprawy, iż nie wzywał odwołującego w trybie art. 26 ust 3. Przypomniał procedurę składania dokumentów w aktualnym stanie prawnym. Podtrzymał stanowisko, iż wykazał spełnienie warunku, w tym między innymi potwierdził wykonanie opracowania o nazwie (...) wskazuje tę okoliczność w treści JEDZ. Stwierdził, że naruszenie art. 92 ust 1 pkt 3 PZP pozbawia wykonawcę możliwości skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej ze skutkiem w postaci wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że spośród 7 zarzutów uzasadnione zostały w odwołaniu 2. Przypomniał, że podstawą prawną wykluczenia wykonawcy jest art. 24 ust 1 pkt 12 i decyzji wskazał na treść pkt 8.2.1 IDW. Stwierdził, że Odwołujący w celu wykazania spełniania opisanych w tym punkcie instrukcji doświadczenia wskazał na trzy opracowania, w tym jedno obejmujące doradztwo i nadzór (...) o wartości przekraczające wymóg SIWZ. Drugie to opracowanie dokumentacji projektowanej w (...) w wartości poniżej wymogu. Trzecie to studium wykonalności na trasie (...) (...). Stwierdził, iż z wyjaśnień odwołującego wynika, że pierwsze opracowanie nie obejmuje studiów wykonalności. Ponadto opracowanie to, jak i drugie zadanie, nie dotyczą ruchu towarowego i stacji przeładunkowych.

Odnosnie zarzutów dotyczącego braku uzasadnienia faktycznego stwierdził, że wynika to z faktu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę; z tego powodu uzasadnienie decyzji było lakoniczne. Zauważył, że treść pkt. 8.2.1 IDW pozwalała na identyfikację przyczyn wykluczenia, a treść odwołania może wskazywać, że odwołujący

prawidło odczytał te przyczynę. Przypomniat, że prowadził postępowanie wyjaśniające z wykonawcą, wskazał wątpliwości dotyczące zadania pierwszego. W odpowiedzi otrzymał wyjaśnienia i dokumenty referencyjne przetłumaczone. Uznał, że nastąpiło samodzielne złożenie dokumentu, co zgodnie z poglądami orzecznictwa i doktryny zwalnia ze stosowania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy z jednoczesnym uwzględnieniem zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. W zakresie zarzutu dotyczącego treści decyzji o wykluczeniu z postępowania wskazał na dopuszczalność ograniczenia zakresu uzasadnienia z powodu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zauważył, że treść decyzji jest skutkiem i uzewnętrznieniem czynności wykluczenia z postępowania i sama w sobie nie ma wpływu na wynik postępowania. Stwierdził, że na podstawie udostępnionego mu protokołu może uznać, że zamawiający szczegółowo oceniał oferty, w tym przesłanki wykluczenia odwołującego z postępowania.

Zauważył, że wezwania zamawiającego kierowane do odwołującego jakkolwiek powołują art. 26 ust. 4 zawierają, także wezwanie do uzupełnienia dokumentów i zgodnie z ich treścią Odwołujący składał wymagane dokumenty. Wnioskuje na podstawie dostępnych źródeł, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia wymaganych warunków udziału w zakresie doświadczenia. Złożył wydruki ze stron internetowych konsorcjantów i artykuł z „T. t. k.” dotyczący kolei dużych prędkości w (...) (str. 39) zauważając w szczególności, że koleje dużych prędkości dotyczą ruchu pasażerskiego, a nie towarowego.

Stwierdził, że odwołujący nie był zainteresowany przyczynami wkluczenia i nie podjął starań w celu poznania treści protokołu postępowania i czynności zamawiającego w nim opisanych. Wskazał zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy pzp i brak przesłanek ponownego jego użycia stosunku do odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta odwołującego i wyjaśnienia złożone zamawiającemu przez odwołującego, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości ubiegania się o

zamówienie i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba uznała, że zarzuty odwołania co do naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 Ustawy - przez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia Odwołującego i art. 26 ust. 3 Ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, są uzasadnione.

Niesporne jest, że uzasadnienie decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania jest znacząco lakoniczne, bowiem w części faktycznej wskazuje jedynie na pkt 8.2.1. instrukcji dla wykonawców opisujący wymagane do przedstawienia doświadczenie celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Stanowisko zamawiającego poparte przez przystępującego, iż wykonawca mógł być domyśleć się konkretnej przyczyny faktycznej wykluczenia, a sam, z racji utajnienia części oferty, był powodem treści decyzji, w ocenie składu orzekającego nie zasługuje na uwzględnienie. Takie okoliczności nie usprawiedliwiają naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, które w sprawie miało miejsce. Fakt, iż powody wykluczenia zawarte są w treści zastrzeżonej oferty nie powinny być przeszkodą w ich podaniu wykonawcy, który sam dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba stwierdza, że powyższe uchybienie samo w sobie nie miałoby wpływu na wynik postępowania, jednakże z uwagi na ustalony przebieg procedury o udzielenie zamówienia publicznego w stosunku do oferty złożonej przez odwołującego, wpływ taki może mieć. Należy stwierdzić, że zamawiający wobec wątpliwości co do spełniania przez wykonawcę wymaganych warunków udziału w postępowaniu, nie przeprowadził w całości wymaganych w takiej sytuacji przez ustawę czynności. O ile bowiem wzywano odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, to obligatoryjna procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy pzp została zaniechana. Izba nie podziela stanowiska, jakoby odwołujący samodzielnie złożył dokumenty potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu ze skutkiem w postaci zwolnienia zamawiającego z jej przeprowadzenia. Skoro zatem Zamawiający w swoim działaniu pominął dyspozycję art. 26 ust. 3 Pzp, nakazującą Zamawiającemu wezwanie wykonawcy do uzupełnienia wymaganych dokumentów, w wypadku kiedy uznał, że przedstawione dokumenty nie spełniają wymogów siwz, zobowiązany jest do dokonania takiej czynności, co wskazano w sentencji wyroku.

W takim stanie postępowania wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp było co najmniej przedwcześnie.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: