

Sygn. akt: KIO 2107/19

## POSTANOWIENIE

z dnia 31 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Agnieszka Trojanowska</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Renata Tubisz</b>
	<b>Katarzyna Brzeska</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Adam Skowroński</b>

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w Warszawie w dniu 31 października 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2019r. przez **wykonawcę TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Annopol 22** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SYSTRA Spółka Akcyjna z siedzibą we Francji w Paryżu, 72-76 Rue Henry Farman 2. S. B. wspólnik spółki cywilnej Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty S. B. i J. B. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Antoniego Wiwulskiego 12, 3. J. B. wspólnik spółki cywilnej Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty S. B. i J. B. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Antoniego Wiwulskiego 12, 4. INFRARES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Świętojerska 5/7 (adres do korespondencji SYSTRA SA Oddział w Polsce we Wrocławiu, ul. Komandorska 12)** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2107/19 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawcy Voessing Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Grobla 17/5** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2107/19 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **Umorzyć postępowanie,**
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15 000zł. 00 gr.** (słownie: piętnaście złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Annopol 22** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji projektowych wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla projektu pn. „Prace w ciągu C-E 65 na odcinku Zduńska Wola-Inowrocław-Tczew” w podziale na 3 LCS zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 grudnia 2018r. za numerem 2018/S 238-544829.

W dniu 8 października 2019r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Voessing Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Grobla 17/5. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Annopol 22, a na trzeciej pozycji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SYSTRA Spółka Akcyjna z siedzibą we Francji w Paryżu, 72-76 Rue Henry Farman 2. S. B. wspólnik spółki cywilnej Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty S. B. i J. B. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Antoniego Wiwulskiego 12, 3. J. B. wspólnik spółki cywilnej Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty S. B. i J. B. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Antoniego Wiwulskiego 12, 4. INFRARES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Świętojerska 5/7 (adres do korespondencji SYSTRA SA Oddział w Polsce we Wrocławiu, ul. Komandorska 12).

W dniu 18 października 2019r. odwołanie na wybór oferty najkorzystniejszej i zaniechanie wykluczenia wykonawcy Voessing oraz zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez tego wykonawcę dokumentów wniósł wykonawca TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – zwany dalej odwołującym TPF. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 października 2019r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 18 października 2019r.

Odwołujący TPF zarzucił zamawiającemu:

1. niezgodną z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty Voessing jako oferty najkorzystniejszej,
2. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez Voessing, następujących dokumentów złożonych wraz z ofertą oraz w trybie art. 26 ust. 1 ustawy i w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, tj.
  - a. Oferta-Załącznik nr 8 - Wykaz personelu, na potrzeby weryfikacji kryterium oceny,
  - b. Inne dokumenty złożone wraz z ofertą, a nie odtajnione, w szczególności zobowiązanie

do udostępnienia zasobów,

c. załącznik nr 6a do IDW - Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia - złożony w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2f ustawy,

d. załącznik nr 6 do IDW - Wykaz zamówień wykonanych przez wykonawcę wraz z dowodami określającymi, czy usługi są wykonane należycie - złożony w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2f ustawy,

e. Inne dokumenty złożone w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2f ustawy, w szczególności zobowiązanie do udostępnienia zasobów;

pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3. jako zarzut alternatywny - w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2 powyżej

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Voessing, pomimo iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego oraz wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy, tj. nie dokonując samooczyszczenia;

4. jako zarzut alternatywny - w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2 powyżej

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia Voessing z postępowania pomimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu;

5. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów ustawy).

Wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. Odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu,
4. Dokonanie ponownej oceny ofert,
5. Jako żądanie alternatywne - na wypadek nieuwzględnienia żądania wskazanego w pkt 3 powyżej - wykluczenie z postępowania wykonawcy Voessing.

Odwołujący TPF wskazał, że 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 bezprawnych czynności zamawiającego

wskazanych powyżej odwołujący TPF został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta odwołującego TPF jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu. Ponadto w wyniku w/w naruszeń przepisów ustawy może dojść do następczego unieważnienia postępowania, co także naraziłoby odwołującego na poniesienie szkody.

W dniu 21 października 2019r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 23 października 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Voessing Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu wnosząc o oddalenie odwołania z uwagi na bezzasadność zarzutów. Wskazał, że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a ewentualne uwzględnienie odwołania mogłoby doprowadzić do unieważnienia czynności wyboru, czynności badania i oceny ofert, a także odtajnienia informacji zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, co dodatkowo naraża na szkodę przystępującego. Tym samym uwzględnienie odwołania może uniemożliwić przystępującemu uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 października 2019r. udzielonego przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i przystępującemu w dniu 23 października 2019r.

W dniu 23 października 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział odwołujący Systra wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż czynności i zaniechania zamawiającego były nieprawidłowe. Rozstrzygnięcie na korzyść odwołującego TPF spowoduje, że wykonawca z ofertą najkorzystniejszą zostanie wykluczony, a przystępujący Systra uzyska szansę na uzyskanie zamówienia. Sam przystępujący wniósł własne odwołanie tak w zakresie oferty najkorzystniejszej jak i oferty drugiej w rankingu ofert, co przybliżyło go do uzyskania zamówienia. Nadto zaniechanie ujawnienia znacznej części dokumentów uniemożliwia odwołującemu pełen dostęp do dokumentacji i weryfikację decyzji zamawiającego, co może wpływać na sytuację przystępującego w postępowaniu. Zgłoszenie podpisał ten sam pełnomocnik, który wniósł odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 2105/19. Kopia zgłoszenia została przekazana odwołującemu i zamawiającemu w dniu 23 października 2019r.

W dniu 29 października 2019r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów w pkt. 1.1 i 1.2 odwołania i zobowiązuje się do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, podjęcia ponownej czynności badania i oceny ofert oraz odtajnienia dokumentów Voessing tj.:

- załącznika nr 8 Wykaz personelu na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert,

- zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotów trzecich,
- załącznika nr 6a – wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia – złożony w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2f ustawy
- załącznika nr 6 – wykazu zamówień wykonanych przez wykonawcę – złożony w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2f ustawy. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Co do zarzutu zaniechania wykluczenia Voessing z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji, oraz niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, to odwołanie opiera się na przypuszczeniach oraz domniemaniach odwołującego, stanowisko odwołującego jakoby Voessing powołał się na doświadczenie Multiconsult uznane w innym postępowaniu przez zamawiającego jako niespełniające warunku udziału nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołanie w tym zakresie jest lakoniczne, ogólnikowe i nie uprawdopodobnia wywodzonych zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17. Zamawiający weryfikował oferty w sposób szczegółowy i wnioski z przeprowadzonej analizy jednoznacznie wykazały, że dane zawarte w wykazie zrealizowanych przez Voessing zamówień są zgodne ze zidentyfikowanym przez zamawiającego stanem faktycznym i potwierdzają, że ten wykonawca potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Na co zamawiający zobowiązał się przedstawić dowody. Zamawiający abstrahując od powyższego wskazał, że zobowiązany jest wyczerpać procedury z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, a odwołujący nie sformułował w tym zakresie zarzutów, zatem ewentualne uwzględnienie odwołania nakładałoby na zamawiającego podjęcie czynności niezgodnych z przepisami ustawy.

Na posiedzeniu z udziałem stron odwołujący TPF oświadczył, że odpowiedź na odwołanie jest w istocie uwzględnieniem odwołania w całości, gdyż zarzuty 3 i 4 są zarzutami zgłoszonymi jako alternatywne i wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów głównych 1 i 2 ich rozpoznanie stało się bezprzedmiotowe. Odwołujący oświadczył również, że cofa zarzut nr 5 i wnosi o umorzenie postępowania w całości.

Zamawiający przychylił się do stanowiska odwołującego TPF.

Przystępujący po stronie zamawiającego Voessing oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się podstaw, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Izba oceniła, że przedmiotowej sprawie zamawiający i odwołujący TPF zgodnie uznali, że zamawiający uwzględnił odwołanie za wyjątkiem zarzutu nr 5 tj. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Ten zaś zarzut odwołujący cofnął. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę art. 186 ust.3 a ustawy, który stanowi, że przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W konsekwencji Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

Stosownie do art. 186 ust. 6 pkt. 1 koszty postępowania Izba wzajemnie zniosła. Natomiast zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 ze zm. z 2016r. pod. 47) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:**

.....  
.....