

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Nokia Solutions and Network Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie oraz **PKP TELKOL Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000,00 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis 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 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie zwana dalej „zamawiającym” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *zaprojektowanie, dostawę i instalację elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych w ramach realizacji projektu pn. „projekt, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych”* numer postępowania 9090/IRZU/00019/00211/19/P.

Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 stycznia 2019 r. pod numerem 2019/S 014-029765.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm. zwanej dalej: „Pzp”).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Nokia Solutions and Network Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz PKP TELKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwani dalej: „odwołującym” w dniu 12 lipca 2019 r. wnieśli odwołanie wobec zaproszenia do aukcji wykonawcy Trakcja PRKil S.A. (dalej jako „Trakcja”) z 10 lipca 2019 r. w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, a do aukcji zapraszani są jedynie wykonawcy, których oferta nie podlega odrzuceniu (pkt 20.8.1. SIWZ), tym samym zaniechanie odrzucenia oferty Trakcji i samego jej wykluczenia już na tym etapie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenia:

- 1) art. 90 ust. 1a pkt 1) w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 91b ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty Trakcji, w sytuacji zaistnienia obligatoryjnych przesłanek do jej przeprowadzenia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 91b ust. 1 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Trakcji, której cena lub jej części składowe są rażąco niskie;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „UZNK) w zw. z art. 91b ust. 1 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Trakcji, której cena oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i zamierzenie realizacji zamówienia poniżej kosztów, jak też stanowi manipulację składnikami ceny poprzez zawyżenie niektórych pozycji kosztowych w taki sposób, aby zamawiający był zobowiązany do ich zapłaty na wczesnym etapie realizacji umowy;
- 4) art. 24 ust. 4 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17) i art. 24 ust. 1 pkt 16) w zw. z art. 91b ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Trakcji i uznania jej oferty za odrzuconą kiedy

doszło do wprowadzenia w błąd zamawiającego i wpisania w dokumencie - JEDZ, złożenia, w części C: PODSTAWY ZWIĄZANE Z NIEWYPLACALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW LUB WYKROCZENIAMI ZAWODOWYMI, oświadczenia o nieznajdowaniu się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową, gdzie Trakcja wpisała „NIE”, a winna wpisać „TAK”, podczas gdy w świetle doniesień prasowych nastąpiło takie rozwiązanie umowy przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy, co w świetle wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie XXIII Ga 928/17 wypełnia przesłankę do wykluczenia co najmniej z art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp i co zostało uznane za podlegające pod odpowiedzialność karną z art. 297 k.k. przez Sąd Rejonowy dla Warszawy Woli w Warszawie w sprawie IV K 651/18;

- 5) art. 89 ust. 1 pkt 6) w zw. z art. 91b ust. 1 Pzp poprzez dokonanie poprawek rachunkowych oferty Trakcji, podczas gdy cena lub jej składniki w ofercie Trakcji zawierają niepoprawialne błędy w obliczeniu skutkujące odrzuceniem oferty;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 393 k.c. w zw. z art. 83 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 91b ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Trakcji, która jest nieważna na mocy odrębnych przepisów, albowiem w przedłożonych zobowiązaniach podmiotów trzecich znajdują się następujące oświadczenia „*Jako podmiot udostępniający swoje zasoby oświadczam, że odpowiadam względem Wykonawcy, który polega na w/w osobach zdolnych do wykonania zamówienia, za szkodę poniesioną przez Wykonawcę wskutek nieudostępnienia przeze mnie Wykonawcy tych zasobów, chyba że wykażę brak swojej winy w związku z nieudostępnieniem tych zasobów.*”, a takie zobowiązanie podmiotu trzeciego ma odpowiadać w zasadzie art. 393 k.c., zaś ww. oświadczenie w treści zobowiązań podmiotów, ogranicza uprawnienia zamawiającego i odpowiedzialność względem niego, wynikające z tej regulacji, w zakresie zasobów udostępnionych, co powoduje, iż udostępnienie takich zasobów może mieć charakter pozorny w rozumieniu art. 83 k.c., a to skutkuje nieważnością takiej oferty;
- 7) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechania obligatoryjnych działań przez zamawiającego, który to zarzut jest konsekwencją powyższych zarzutów.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- uwzględnienie odwołania w całości;
- unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej;
- nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty Trakcji w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 8) Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 6) Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp;

- wykluczenie Trakcji w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) Pzp i uznanie oferty Trakcji w oparciu o art. 24 ust. 4 Pzp za odrzuconą i niezapraszanie Trakcji do aukcji;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przedstawił okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające - w jego ocenie - wniesienie środka ochrony prawnej.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym, jako uczestników:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie oraz Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A. (ACISA) z siedzibą w Madrycie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- wykonawcę Trakcja PRkil S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 24 lipca 2019 r. zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzut zawarty w pkt 1 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 90 ust. 1a pkt 1) w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 91b ust. 1 Pzp oraz zarzut zawarty w pkt 4 odwołania w zakresie naruszenia art. 24 ust 1 pkt 16) lub 17) Pzp. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Wykonawca przystępujący w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec czynności uwzględnienia odwołania w części. Natomiast odwołujący oświadczył, że wycofuje pozostałe zarzuty odwołania tj. te nieuwzględnione przed zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zostało skutecznie częściowo wycofane przed otwarciem rozprawy.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a Pzp w 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 niniejszej sprawie opisany w hipotezie przepisu art. 186 ust. 3a Pzp stan faktyczny zaistniał to jest zamawiający częściowo uwzględnił zarzuty odwołania, a odwołujący w pozostałym zakresie wycofał zarzuty, zaś przystępujący po stronie

zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów, a zatem zaistniały stan faktyczny upoważniał Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza wydała na mocy art. 186 ust. 6 pkt 1) Pzp, zgodnie z którym w okolicznościach, których mowa w art. 186 ust. 3a Pzp znoszą się one wzajemnie w związku z tym wnioskiem zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego i procesowego, który został potwierdzony złożeniem faktury VAT, nie został przez Izbę uwzględniony.

Na podstawie § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a 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. z 2018 r. poz. 972) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty 15 000,00 zł uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....