

POSTANOWENIE

z dnia 28 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz
Monika Szymanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **28 marca 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 marca 2019 r.** przez wykonawcę **TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Państwowe "Porty Lotnicze", ul. Komitetu Obrony Robotników 49, 02-146 Warszawa** przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) IDOM Inżynieria, Architektura Doradztwo sp. z o.o. (lider), 2) IDOM Consulting, Engineering Architecture, S.A.U. (Partner), Avda Zarandoa 23, 48015 Bilbao, Hiszpania, 3) APP-Projekt S.A. (Partner) ul. Kłobucka 23C lok. 112, 02-699 Warszawa, z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Ślężna 104 lok.1, 53-111 Wrocław** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przy udziale wykonawców **Konsorcjum Form: 1) Multiconsult Polska sp. z o.o. (Lider), 2) BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp. k. (partner), Aleje Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa; z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Bonifratska 17, 00-203 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 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 w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 445/19

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Wybór Inwestora Zastępczego dla realizacji rozbudowy bryty głównej Terminala i Pirsu Południowego, zgodnie z kompleksową analizą przepustowości LCH wraz z planem rozwoju*”; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.08.2018 r. pod nr 2018/S 159-365760 przez Przedsiębiorstwo Państwowe "Porty Lotnicze", ul. Komitetu Obrony Robotników 49, 02-146 Warszawa zwane dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 04.03.2019 r. (umieszczając na Platformie Zakupowej w zakładce „Korespondencja”) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - Konsorcjum Form: 1) Multiconsult Polska sp. z o.o. (Lider), 2) BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp. k. (partner), Aleje Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa; z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Bonifratska 17, 00-203 Warszawa zwane dalej: „*Konsorcjum Multiconsult*” albo „*Multiconsult*” albo „*Przystępującym po stronie Zamawiającego*”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta – TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa zwana dalej: „*TPF Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*”. Trzecią pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta – Konsorcjum Firm: 1) IDOM Inżynieria, Architektura Doradztwo sp. z o.o. (lider), 2) IDOM Consulting, Engineering Architecture, S.A.U. (Partner), Avda Zarandoa 23, 48015 Bilbao, Hiszpania, 3) APP-Projekt S.A. (Partner), ul. Kłobucka 23C lok. 112, 02-699 Warszawa, z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Ślężna 104 lok.1, 53-111 Wrocław zwane dalej: „*Konsorcjum IDOM*” albo „*Przystępującym po stronie Odwołującego*”.

W dniu 14.03.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) TPF Sp. z o.o. wniosło odwołanie na czynność z 04.03.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Wnosił odwołanie od: 1. niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017

r. poz. 1579 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) czynności oceny i badania ofert;
2. niezgodnej z przepisami Pzp czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Multiconsult, pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu;
3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Multiconsult, jako niejawnych:
a. całości wyjaśnień składanych w trybie art. 90 Pzp, tj. pisma z 05.11.2018 r. oraz pisma z 11.01.2019 r.,
b. „Wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi”, złożonego w dniu 4 lutego 2019 roku, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp;
c. „Wykazu osób”, złożonego w dniu 04.02.2019 r., w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp;
d. Zobowiązania podmiotu trzeciego (NBQ Sp. z o.o.) do oddania do dyspozycji Wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia;
pomimo że informacje zawarte w w/w dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto wykonawca Multiconsult nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zamieszczonych w w/w dokumentach;
4. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Multiconsult, pomimo iż treść oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ;
5. jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazane w pkt 3 lit. a) powyżej - zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Multiconsult, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Multiconsult nie złożył odpowiednich wyjaśnień, a złożone wyjaśnienia nie obalają domniemania, że oferta Multiconsult zawiera rażąco niską cenę;
6. jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazane w pkt 3 lit. a) powyżej - niezgodnej z przepisami Pzp oceny wyjaśnień złożonych przez Multiconsult w trybie art. 90 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu

1. art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Multiconsult;
2. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu:
a. całości wyjaśnień składanych w trybie art. 90 Pzp, tj. pisma z 05.11.2018 r. oraz pisma z 11.01.2019 r.,
b. „Wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi”, złożonego w dniu 4 lutego 2019 roku, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp;
c. „Wykazu osób”, złożonego w dniu 04.02.2019 r., w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp;
d. Zobowiązania podmiotu trzeciego (NBQ Sp. z o.o.) do oddania do dyspozycji Wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia;
pomimo że informacje zawarte w w/w dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto wykonawca Multiconsult nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zamieszczonych w w/w dokumentach;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Multiconsult, pomimo iż treść oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ;
4. z ostrożności procesowej jako zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazane w pkt 2 lit. a) powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Multiconsult wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;
5. z ostrożności procesowej jako zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazane w pkt 2 lit. a) powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Multiconsult, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca Multiconsult nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,
2. Udostępnienia:
a. całości wyjaśnień składanych w trybie art. 90 Pzp, tj. pisma z 05.11.2018 r. oraz pisma z 11.01.2019 r.,
b. „Wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi”, złożonego w dniu 4.02.2019 r., w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp;
c. „Wykazu osób”, złożonego w dniu 04.02.2019 r., w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp;
d. Zobowiązania podmiotu trzeciego (NBQ Sp. z o.o.) do oddania do dyspozycji Wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia;
3. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
4. Odrzucenia oferty Multiconsult,
5. Dokonania ponownej oceny ofert.

Zamawiający w dniu 15.03.2019 r. wezwał (umieszczając na Platformie Zakupowej) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust. 1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 18.03.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum IDOM zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 18.03.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Multiconsult zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 25.03.2019 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesionego odwołania wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w których wniósł o odrzucenie odwołania, alternatywnie stwierdził, że uwzględni częściowo odwołanie w wypadku nie uznania wniosku o odrzucenie. Uznał żądania Odwołującego w zakresie pkt 1, 2 oraz 3 i 5, który jest tożsamy z pkt trzecim. Jednocześnie Zamawiający nie uznał żądania z pkt 4 dot. odrzucenia oferty Wykonawcy Multiconsult sp. z o.o., jako, że oferta Wykonawcy jest ofertą najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu, a jej treść jest zgodna z SIWZ i przepisami Pzp. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu po stronie Zamawiającego. Przystępujący po stronie Odwołującego otrzymał kopie odpowiedzi na odwołanie na posiedzeniu.

W dniu 28.03.2019 r. w związku z postanowieniem Izby z 15.03.2019 r. odbyło się posiedzenie niejawnie z udziałem stron.

Zamawiający oświadczył, iż podtrzymuje wniosek o odrzucenie odwołania zawarty w odpowiedzi na odwołanie. Przystępujący po stronie Zamawiającego poparł wniosek strony, do której przystąpił.

Przewodniczący na posiedzeniu poinformował Zamawiającego oraz Przystępujących o piśmie Odwołującego z 18.03.2019 r., w ramach którego Odwołujący, wyprzedzając ewentualny wniosek o odrzucenie, przedstawił swoje stanowisko odnośnie biegu terminu na wniesienie odwołania wraz ze zrzutem ekranu z zakładki „Korespondencja”. Kopie tego pisma przekazano Zamawiającemu oraz obu Przystępującym.

Zamawiający, po zapoznaniu się ze stanowiskiem pisemnym Odwołującego, dalej podtrzymał swój wniosek. Ponowił swoją argumentację z odpowiedzi na odwołanie wskazując dodatkowo, że przesłał na potwierdzenie tej okoliczności do Izby również zrzut ekranu z zakładki „Listy Dokumentów”. Stwierdził, że 04.03.2019 r. przekazał informację do wszystkich uczestników. Wyjaśnił, iż chodzi o owe zamieszczenie w zakładce „Korespondencja”. Na pytanie członka składu Zamawiający potwierdził, że mimo postanowień SIWZ o treści takiej, jak przywołał Odwołujący, stosowne dokumenty i informacje były umieszczane na platformie zakupowej zamiennie w zakładce „Korespondencja” lub w zakładce „Lista Dokumentów”.

Przystępujący po stronie Zamawiającego dodatkowo wskazał, że w rodz. XI w pkt 4 SIWZ znajduje się ogólna informacja, że wszelkie zawiadomienia, oświadczenia wnioski oraz informacje Zamawiający może przekazać drogą elektroniczną za pośrednictwem platformy.

Odwołujący wnosil o oddalenie wniosku o odrzucenie. Podkreślał, iż SIWZ jest skonstruowany w ten sposób, że najpierw są postanowienia o charakterze bardziej ogólnym, które następnie są uszczegółowione. Powyższe należy odnieść do rodz. XI pkt 4 i pkt 15 SIWZ. Jednocześnie zwraca uwagę, iż należy rozróżnić kwestię zamieszczenia informacji od kwestii przekazania tej informacji, w konsekwencji bieg terminu na wniesienie odwołania należy liczyć od przekazania informacji, co miało miejsce, w ocenie Odwołującego, 4 marca 2019 r. Na pytanie członka składu Odwołujący stwierdził, iż nie dostrzegł w działaniu Zamawiającego w toku postępowania braku konsekwencji w zamieszczaniu określonych dokumentów na platformie zakupowej, przy czym zwrócił uwagę, że jest to jedno z pierwszych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego z wykorzystaniem platformy zakupowej.

Przystępujący po stronie Odwołującego poparł jego stanowisko. Przytoczył analogiczną argumentację co do sposobu liczenia biegu terminu na wniesienie odwołania. Jednocześnie zwrócił uwagę, że gdyby uznać argumentację Zamawiającego, to zaistniałaby sytuacja, w której każdy z wykonawców mógłby w sposób odmienny liczyć bieg terminu na wniesienie odwołania.

Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania, uznając za wiążącą czynność przekazania przez Zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej na Platformie Zakupowej w zakładce „Korespondencja” w dniu 04.03.2019 r. W tym zakresie, opierając się na dyspozycji Rozdz. XI pkt 15 SIWZ, *15. Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, przekazywane są formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy w zakładce „Korespondencja” lub przez pocztę elektroniczną. Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zaświadczeń oraz informacji przyjmuje się datę wczytania do Platformy.*”. Dodatkowo, zwracając uwagę na art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, który odnosi się do „przesłania”, a 182 ust. 2 pkt 1 Pzp do „zamieszczenia”, uznając, że przekazanie, czyli przesłanie miało miejsce nie 01.03.2019 r., ale 04.03.2019 r.

W dalszej kolejności Zamawiający oświadczył, iż podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie, iż w wypadku oddalenia wniosku o odrzucenie, uwzględni częściowo odwołanie w zakresie żądań z pkt 1, 2, 3 i 5. Co do żądań zawartych z pkt 4, to uznaje, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty konsorcjum Multiconsult i oferta ta jest najkorzystniejsza. Jest również zgodna z SIWZ.

W tym miejscu Przystępującego po stronie Zamawiającego zażądał pytanie Odwołującemu odnośnie charakteru zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty konsorcjum Multiconsult z treścią SIWZ w zakresie podwykonawstwa. Odwołujący oświadczył, iż ten zarzut również ma charakter ewentualny, gdyż jest związany z informacjami dotyczącymi podmiotu trzeciego, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Na uwagi Przystępującego po stronie Zamawiającego, iż ten zarzut został inaczej sformułowany w odwołaniu, Odwołujący oświadczył, iż wycofuje ten zarzut.

W konsekwencji przedstawionego stanowiska przez Odwołującego, Przystępujący po stronie Zamawiającego oświadcza, iż nie wnosi sprzeciwu od zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa.

W przedmiotowym odwołaniu znajdowały się zarzuty główne dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa oraz niezgodności treści oferty konsorcjum Multiconsult z treścią SIWZ w zakresie podwykonawstwa oraz zarzuty ewentualne. Pierwsze z nich za wyjątkiem zarzutu dotyczącego - niezgodności treści oferty konsorcjum Multiconsult z treścią SIWZ w zakresie podwykonawstwa – zostały uwzględnione przez Zamawiającego, a przystępujący po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu. Zarzut dotyczący - niezgodności treści oferty konsorcjum Multiconsult z treścią SIWZ w zakresie podwykonawstwa – został wycofany na posiedzeniu. Zarzuty ewentualne – miały być rozpatrywane (jak stwierdził w odwołaniu Odwołujący) tylko w wypadku nie uwzględnienia zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa – wobec uwzględnienia tych zarzutów przez Zamawiającego i braku sprzeciwu – ich uwzględnienie (w tym zakresie) stało się wiążące dla Zamawiającego, a rozpatrywanie zarzutów ewentualnych nie może mieć miejsca.

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.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła wystąpienie przesłanek umorzenia postępowania odwoławczego opisanych w dyspozycji art. 186 ust. 3a Pzp – Zamawiający uwzględnił odwołanie w części, Odwołujący wycofał odwołanie w pozostałym zakresie, a wykonawca, który przystąpił po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.

Wobec powyższego Izba - działając na podstawie art. 186 ust. 3a w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp - umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonych tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1092 i poz. 1992) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....