

POSTANOWENIE
z dnia 13 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Aneta Młacka
Izabela Niedziałek - Bujak

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. Sp. z o.o. w W., K.ZA S.A w K. oraz R.M.C. Sp. z o.o. w W.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **P.P.L.K. S.A w W.**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T.P. sp. z o.o. w W.** oraz **D.S. sp. z o.o. w Ł.**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **odrzuca odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. Sp. z o.o. w W., K.ZA S.A w K. oraz R.M.C. Sp. z o.o. w W.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. Sp. z o.o. w W., K.ZA S.A w K. oraz R.M.C. Sp. z o.o. w W.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. Sp. z o.o. w W., K.ZA S.A w K. oraz R.M.C. Sp. z o.o. w W.** na rzecz zamawiającego - **P.P.L.K. S.A w W.** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty 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 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**.

1

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający – P.P.L.K. S.A. w W. – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem są „Prace na linii kolejowej nr (...) W. W. O. – D. na odcinku W. – O. – D. – L., odcinek O. – L. w km 26,050 – 175,850”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2015 r., (...).

Dnia 18 maja 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, w tym wnoszących odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum S. Sp. z o.o. w W., K.ZA S.A. w K. oraz R.M.C. Sp. z o.o. w W., zwanego dalej

„odwołującym lub Konsorcjum S.” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum T.P. sp. z o.o. i D.S. sp. z o.o. (dalej jako T.) i odrzuceniu oferty B. w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum T. pomimo nie wykazania, że przedmiotowa oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej oraz w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia i dowody nie potwierdzają, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Z uwagi na powyższe, wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty Konsorcjum T..

Odwołujący wskazał ponadto, że przysługuje mu (...) *prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż jest wykonawcą, który może zrealizować Zamówienie będące przedmiotem niniejszego Postępowania i jako jedyny z wykonawców biorących udział w niniejszym Postępowaniu złożył ważną, nie podlegającą odrzuceniu ofertę. Oferta Odwołującego znajduje się na drugiej pozycji tzw. listy rankingowej. Niezgodne z przepisami PZP działania Zamawiającego w postaci zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum T.P. Sp. z o.o. i D.S. Sp. z o.o. oraz wybór tej oferty jako*

3

najkorzystniejszej, uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie i realizację niniejszego Zamówienia, co naraża Odwołującego na wymierną szkodę”.

Konsorcjum S. podało również, że „Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 18 maja 2017, tj. w dniu przesłania przez Zamawiającego za pośrednictwem e-maila informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej”.

W związku z powyższym, należy uznać zdaniem wykonawcy, że odwołanie zostało wniesione ustawowym terminie wskazanym w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp. Jedynie z ostrożności zauważył, że (...) *możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty T. nie uchybia okoliczność, że jest to powtórny wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu. Po pierwsze, skarżona decyzja jest nową czynnością Zamawiającego podjętą w Postępowaniu i na nowo umożliwia zakwestionowanie dokonanego wyboru wykonawcom dalej sklasyfikowanym w rankingu ofert. Dopuszczalność wniesienia niniejszego odwołania potwierdza również orzecznictwo KIO i wskazał na sprawy: KIO 122/16 oraz KIO 2720/15, w której „W swoim przywołanym rozstrzygnięciu Izba powołała się również na wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 8 maja 2014r. w sprawie 0161/13, w którym wskazano, że „w przypadku stwierdzenia nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia zgrupowaniu, które zajęło pierwsze miejsce w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, ponowna decyzja o udzieleniu zamówienia innemu oferentowi może być przedmiotem nowej skargi o stwierdzenie nieważności w terminie przewidzianym w przepisach krajowych”. To zaś doprowadziło Trybunał do wniosku, że „termin na wniesienie skargi o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia powinien biec od nowa, w sytuacji gdy podmiot zamawiający przyjął nową decyzję, po przyjęciu tej decyzji o udzieleniu zamówienia, lecz przed podpisaniem umowy, mogącą mieć wpływ na zgodność z prawem rzeczony decyzji o udzieleniu zamówienia. Bieg tego terminu rozpoczyna się od chwili zawiadomienia oferentów o późniejszej decyzji lub w jego braku - od chwili, w której zapoznali się oni z tą decyzją”. Wyjaśnił, że odwołanie dotyczy zaniechania odrzucenia oferty T. jako zawierającą rażąco niską cenę, przy czym zarzutów odnośnie tej oferty Odwołujący nie mógł podnieść przy okazji poprzedniego wyboru, bowiem wówczas - wskutek utajnienia części oferty T. - nie posiadał wiedzy o jej wadliwości. Dopiero po ujawnieniu przez Zamawiającego formularza zawierającego rozbić cenowe ofert wszystkich oferentów (co nastąpiło w dniu 10 maja 2017, a zatem już po pierwotnym wyborze), Odwołującemu stała się wiadoma wadliwość oferty T., która powinna skutkować odrzuceniem tej oferty jako zawierającej rażąco niska cenę. O ile zatem wcześniej nie było możliwe zaskarżenie zaniechania odrzucenia oferty T. z uwagi na występowanie w niej ceny rażąco niskiej, to obecnie - wskutek ujawnienia formularzy cenowych złożonych ofert - Odwołujący zyskał podstawę do wniesienia odwołania*

w tym zakresie. W tym kontekście na uwagę zasługuje wyrok KIO 2861/15, KIO 31/16, w którym za prawidłowe uznano wniesienie odwołania na zaniechanie odrzucenia konkurencyjnej oferty w terminie 10 dni od odtajnienia wyjaśnień do kwestionowanej oferty, co jednak nastąpiło już po formalnym jej wyborze. Odwołanie na czynność ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej zostało wniesione z zachowaniem terminu wskazanego w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, przy czym za dopuszczalnością wniesienia odwołania przemawia również pojawienie się nowych okoliczności - które nie były wcześniej znane Odwołującemu - świadczących o wadliwości oferty T.. Przyjęcie przeciwnego poglądu pozbawiłoby zaś Odwołującego prawa do skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując na następujące okoliczności:

(...) w dniu 10 marca 2017 r. dokonał pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta B.Z.. Z powyższą decyzją Zamawiającego nie zgodził się Wykonawca T.P. Sp. z o.o., który w dniu 20 marca 2017 r. wniósł odwołanie wskazując, iż oferta B. jest niezgodna z SIWZ.

Izba w dniu 12 maja 2017 r. wydała wyrok, w którym uwzględniła odwołanie i nakazała odrzucić ofertę firmy B. oraz dokonać ponownego badania i oceny ofert oraz dokonać ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej (sprawa toczyła się pod sygn. akt: KIO 542/17).

W dniu 18 maja 2017 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. T. P. Sp. z o.o. Podkreślił, że nie dokonywał w stosunku do oferty tego Wykonawcy żadnych czynności natury faktycznej czy prawnej (zgodnie z dyspozycją Izby wyartykułowaną w przedmiotowym wyroku)”.

Dalej podał, że „Odwołujący kwestionuje wybór, zarzucając naruszenie m.in. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T.P. Sp. z o.o. z uwagi na okoliczność, iż zaofferowana przez niego cena nosi rzekomo znamiona ceny rażąco niskiej”.

Zdaniem Zamawiającego, (...) ewentualne odwołanie oparte na zarzutach podnoszonych przez Odwołującego winno zostać wniesione w terminie, którego bieg powinien być liczony od dnia przekazania informacji o pierwotnym wyborze oferty najkorzystniejszej”. Podniósł dalej podał, że Odwołujący nie podnosząc przedmiotowych zarzutów w ww. terminie oraz przyjmując „bierną postawę” do toczącego się uprzednio

postępowania w sprawie KIO 542/17 (...) w sposób skuteczny pozbawił się możliwości podnoszenia zarzutów na dalszym etapie postępowania w sprawie zamówienia publicznego”.

Zamawiający wskazał na orzecznictwo KIO podkreślając, że (...) na gruncie prawa zamówień publicznych została ustanowiona zasada koncentracji środków ochrony prawnej. To oznacza, że ponowne dokonanie przez zamawiającego określonych czynności w postępowaniu nie otwiera automatycznie możliwości wnoszenia kolejnych środków ochrony prawnej podlegających rozpoznaniu, co do istoty. Kwestionowanie przez wykonawców czynności ponownie dokonanych przez zamawiającego jest dopuszczalne, ale jedynie w sytuacji, gdy podstawę zarzutów stanowią okoliczności, które zaistniały w związku z powtarzaniem czynności w postępowaniu. Stwierdził ponadto, że orzecznictwem KIO, że „Niedopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca w kolejnym odwołaniu przywołuje okoliczności, które mógł ujawnić po pierwszym badaniu i ocenie ofert. Nie do pogodzenia z zasadą koncentracji i szybkości rozpatrywania środków ochrony prawnej jest aby wykonawca niezadowolony z wyniku postępowania - po nakazanej z innych względów ponownej ocenie ofert - wynajdował coraz to nowe przyczyny służące jako podstawa do wnoszenia kolejnych odwołań.”

Zamawiający zwrócił uwagę, że „Powoływanie się na okoliczność, że dopiero na

skutek odtajnienia formularza cenowego T.P. Sp. z o.o. powziął informacje, iż oferta może stanowić cenę rażąco niską w sytuacji, gdy na wcześniejszym etapie postępowania nie kwestionował zarówno zasadności utajnienia formularza, jak i zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny nie zasługuje na uwzględnienie". Wskazał również, że (...) odwołanie toczy się na kanwie poprzedniego stanu prawnego oraz brzmienia art. 90 Pzp, który nakazywał badać globalną, końcową cenę oferty, a nie jak ma to miejsce w aktualnym stanie prawnym - również istotne części składowe ceny. Oferowane przez poszczególnych wykonawców ceny są informacją, którą Zamawiający podaje przy otwarciu ofert i nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa w myśl art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący miał możliwość zakwestionowania wysokości ceny zaoferowanej przez T.P. Sp. z o.o. już na etapie pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem już na etapie pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej posiadał wszystkie niezbędne ku temu informacje. W związku z tym przytaczana przez Odwołującego argumentacja w zakresie tego, od kiedy winien być liczony termin na wniesienie odwołania nie zasługuje na aprobatę".

Odnosnie wskazywanego przez Odwołującego wyroku TSUE z dnia 8 maja 2014 r. w sprawie o sygn. C-161/13 stwierdził, że ten wyrok (...) nie znajduje zastosowania w niniejszej

6

sprawie, gdyż został wydany na kanwie odmiennych okoliczności faktycznych. Dodatkowo wskazania wymaga, iż Odwołujący dokonał wybiórczego wyselekcjonowania fragmentów uzasadnienia orzeczenia, w taki sposób, ażeby potwierdzały przyjętą przez niego argumentację. Wskazania bowiem wymaga, że w tym samym wyroku w kolejnym akapicie TSUE wskazał, że: „W tej sytuacji należy stwierdzić, że oferent na podstawie informacji, które zostały mu przekazane zgodnie z art. 2a dyrektywy 92/13 i art 49 dyrektywy 2004/17 oraz na podstawie informacji, które mógłby uzyskać, dokładając zwykłej staranności, mógł wnieść środek odwoławczy w związku z ewentualnym naruszeniem prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych i w rezultacie termin na wniesienie środka odwoławczego przewidziany w przepisach krajowych nie powinien biec od nowa."

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zgłosili w wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: T.P. sp. z o.o. w W. oraz D.S. sp. z o.o. w Ł. [Przystępujący T.], wnosząc w pierwszej kolejności także o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp oraz podnosząc w kluczowych kwestiach argumentację analogiczną, jak Zamawiający.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w tym postępowaniu Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2015 r., pod nr (...) i niewątpliwie do tego postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych przed ich zmianą wprowadzoną ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz.1020).

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając podnoszony przez stronę zamawiającą [Zamawiający i Przystępujący T.] wniosek w przedmiocie odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z urzędu dopuściła dowód z dokumentacji w sprawie sygn. akt: KIO 542/17, w tym zawiadomienie z dnia 10 marca 2017 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odwołanie z dnia 20 marca 2017 r. i wydany w tej sprawie wyrok z dnia 12 maja 2017 r. a także odwołanie z dnia 29 maja 2017 r. oraz stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy, jak również

7

stanowisko Przystępującego T., a także oświadczenia, stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że została wypełniona przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W tym przypadku Izba zgodziła się ze stroną zamawiającą, że zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp oraz art. 90 ust. 3 tej ustawy podnoszone przez Odwołującego niewątpliwie odnoszą się do okoliczności - ceny oferty Przystępującego, która znana była wykonawcom, podobnie Odwołującemu, już na etapie otwarcia ofert. Także chronologia zdarzeń w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeczy stanowisku Odwołującego, że informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania powziął dopiero dnia 18 maja 2017 r. Tak jak wskazywał Przystępujący na posiedzeniu, informację o rzekomo rażąco niskiej cenie oferty Przystępującego, powziął już po otwarciu ofert - świadczy o tym korespondencja z Zamawiającym sprzed daty 18.05.2017r., a mianowicie: e-mail z dnia 14 marca 2017 r. w którym Odwołujący podnosił okoliczność rażąco niskiej ceny ofert Przystępującego oraz konsorcjum B. i wiadomość e-mail z dnia 23 maja 2017 r., która wskazuje, że RCO Przystępującego zostało Odwołującemu przekazane już dnia 10 maja 2017 r. Tym samym nie można uznać, że Odwołujący dowiedział się okoliczności stanowiącej podstawę odwołania 18 maja 2017 r. To oznacza, że odwołanie wniesione w dniu 29 maja 2019 r. uchybia ustawowemu terminie wskazanemu w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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 rozliczenia (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.). Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

8

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

9