sygn. akt KIO 3358/21

POSTANOWIENIE
z 22 listopada 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Beata Konik

Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania 22 listopada 2021 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 listopada 2021 roku przez odwołującego: wykonawcę Zakłady Naprawcze

Taboru Kolejowego „Miński Mazowiecki" Spółka Akcyjna z siedzibą w Mińsku Mazowieckim

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Koleje Śląskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach przy udziale wykonawcy Public Transport Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawcę Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Miński Mazowiecki" Spółka Akcyjna z siedzibą w Mińsku Mazowieckim i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący .....

sygn. akt: KIO 3358/21

U z a s a d n i e n i e

Koleje Śląskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych 9 szt. pojazdów 22WE (EN76) wraz z wykonaniem prac dodatkowych", nr postępowania: KS/ZP/2/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 kwietnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 078-199065.

15 listopada 2021 r. wykonawca Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Miński Mazowiecki" Spółka Akcyjna z siedzibą w Mińsku Mazowieckim (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Public Transport Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: PTS) i nieprawidłową ocenę złożonych przez PTS wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podczas gdy cena złożonej oferty PTS była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś PTS w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie wykazał i nie wyjaśnił należycie podanej w ofercie ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, pomimo spoczywającego na nim w tym zakresie ciężaru dowodu; w szczególności nie wyjaśnił i nie wskazał wyceny dla:

a) czynności związanych z pozyskaniem właściwego poziomu certyfikacji IRIS stosownie do wymagań Zamawiającego zawartych w OPZ lub oferty od podwykonawcy z odpowiednim certyfikatem IRIS;

b) wyposażenia i sprzętu objętego certyfikacją, tj. ofert podmiotów trzecich posiadających wyposażenie i sprzęt w zakładzie scertyfikowanym na wymaganym zakresie w stosunku do przedmiotu zamówienia;

c) licencji na wymagane oprogramowanie diagnostyczne (serwisowe) dla elementów odnoszących się do przedmiotu zamówienia lub ofert podwykonawców świadczących ww. usługi, dla których licencje takie są wymagane;

d) objęcia certyfikacją zakładu Modertrans Poznań sp. z o.o. i kosztów z tym związanych z podaniem informacji, czy zakład ten jest wyposażony w prasę do pomiarów/badania nacisków na wózki zgodnie z WTWiO i DSU pojazdów;

e) najmu lub zlecenia do podwykonania czynności wymagających zaplecza technicznego przy wykorzystaniu specjalistycznej prasy dla pomiarów/badań nacisków na wózki (zgodnie z WTWiO oraz DSU pojazdów);

f) kosztów pozyskania dokumentacji konstrukcyjnej pojazdów (oferta od producenta);

g) kosztów prac projektowych dla wymaganych prac dodatkowych wskazanych w Załączniku nr 2 do SWZ;

h) kosztów pozyskania informacji i danych dla materiałów rodzimych produkcji pojazdów w celu prowadzenia prac spawalniczych niezbędnych do zaprojektowania i wykonania prac dodatkowych;

i) kosztów badań, niezależnej oceny bezpieczeństwa i certyfikacji;

j) kosztów koniecznego zastosowania certyfikowanego składnika interoperacyjności w ramach kosztów wymiany foteli maszynisty.

Uwaga formalno-prawna: Odwołujący nie posiada dostępu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, dlatego formułuje wniosek o dokonanie weryfikacji przez Izbę ww. elementów w kontekście ewentualnych wyjaśnień PTS.

2. art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PTS, która zawiera błędy w obliczeniu ceny i kosztów realizacji zamówienia

w zakresie, w jakim PTS nie uwzględnił w cenie ofertowej wszystkich elementów ceno- i kosztotwórczych, wynikających z opisu przedmiotu zamówienia oraz wymagań określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia;

3. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PTS, podczas gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie odnoszącym się do:

a) posiadania przez wykonawcę wdrożonego systemu zarządzania jakością w odniesieniu do branży kolejowej potwierdzonego certyfikatem IRIS (ISO/TS 22163) zgodnego z przedmiotem zamówienia;

b) realizacji zamówienia z zachowaniem standardów w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa technicznego zgodnymi ze standardami IRIS;

c) dysponowania przez wykonawcę wymaganym przez Zamawiającego oprogramowaniem diagnostycznym (serwisowym) układu napędowego;

4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PTS, mimo iż PTS nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego w postaci prawidłowego dokumentu potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością w oparciu o ISO/TS 22163 (certyfikat IRIS)

potwierdzającego, że przedmiot zamówienia będzie realizowany przez Wykonawcę z zachowaniem standardów w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa

technicznego zgodnymi ze standardami IRIS;

a w związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący zarzucił naruszenie:

5. art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez uznanie oferty PTS za ofertę najkorzystniejszą, podczas gdy w rzeczywistości oferta ta nie jest ofertą

najkorzystniejszą, a w konsekwencji udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu

niezgodnie z przepisami Pzp;

6. art. 255 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania, mimo że prawidłowe badanie i ocena oferty PTS winny prowadzić do odrzucenia tej oferty, a w konsekwencji w Postępowaniu brak jest ofert niepodlegających odrzuceniu.

Uzasadniając interes do wniesienia odwołania Odwołujący wskazał:

„Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania przewidziany w art. 505 ust. 1 Pzp. W Postępowaniu złożone zostały oferty wyłącznie przez Odwołującego i PTS. Oferta Odwołującego została następnie odrzucona przez Zamawiającego z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) oraz art. 226 ust. pkt 8) Pzp w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 września 2021 r. (KIO 2459/21). Oznacza to zatem, że oferta PTS stanowi jedyną pozostałą w Postępowaniu ofertę. Tym samym, gdyby Zamawiający nie dokonał wskazanych w odwołaniu naruszeń i zaniechań, szczegółowo opisanych w dalszej części odwołania, Postępowanie podlegałoby unieważnieniu z uwagi na brzmienie art. 255 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu (...).

Odwołujący nadto zaznacza, że nawet w przypadku twierdzenia (np. przez Zamawiającego), jakoby Odwołujący wskutek odrzucenia jego oferty z Postępowania nie posiadał obecnie statusu wykonawcy w Postępowaniu (jakkolwiek tezę taką należy uznać za nieprawidłową w świetle definicji pojęcia „wykonawcy" z art. 7 pkt 30 Pzp, zgodnie z którą wykonawcą jest podmiot, który „oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego" - bezspornie zaś ZNTK jest podmiotem oferującym na rynku usługi takie jak objęte Postępowaniem oraz złożył ofertę w Postępowaniu), z całą pewnością w takim przypadku Odwołującego należy uznać za tzw. „inny podmiot", o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Jak bowiem wskazuje się w doktrynie (na kanwie art. 179 poprzednio obowiązującej ustawy Pzp: „A contrario innym podmiotem może być osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiegała się o udzielenie zamówienia publicznego (nagrodę

w konkursie), ale nie złożyła oferty (nie złożyła pracy konkursowej)i na etapie wnoszenia środka ochrony prawnej straciła status wykonawcy (uczestnika konkursu)".

Wskutek niezgodnych z przepisami prawa czynności Zamawiającego, Odwołujący utracił natomiast możliwość uzyskania zamówienia, w szczególności w drodze nowego postępowania o udzielenie zamówienia, które Zamawiający wszczął by w przypadku, gdyby dokonał prawidłowo czynności w Postępowaniu i odrzucił ofertę PTS. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych przez Odwołującego przepisów Pzp, Odwołujący ponosi zatem szkodę w postaci utraty możliwości zrealizowania zamówienia, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia".

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem KIO 2459/21 z 13 września 2021 r. uwzględniła odwołanie wykonawcy PTS i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oraz odrzucenie z postępowania oferty wykonawcy Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki" Spółka Akcyjna z siedzibą w Mińsku Mazowieckim (tj. obecnego Odwołującego). Wyrok nie został zaskarżony.

4 października 2021 r. Zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, a 5 listopada 2021 r. wybrał jako najkorzystniejszą w postępowaniu ofertę wykonawcy PTS. Oferta Odwołującego zgodnie z wyrokiem KIO 2459/21 została odrzucona z postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Odwołujący utracił status wykonawcy w postępowaniu. Odwołujący w przytoczonym wyżej uzasadnieniu interesu do wniesienia odwołania potwierdził fakt, że jego oferta została odrzucona z postępowania, a on zamierza dążyć do unieważnienia postępowania upatrując możliwości uzyskania zamówienia w kolejnym postępowaniu (na ten sam przedmiot zamówienia), które Zamawiający prowadziłby po unieważnieniu obecnego postępowania.

Powyższe potwierdza, że w obecnym postępowaniu Odwołujący nie ma już możliwości uzyskania zamówienia.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Biorąc pod uwagę ustalony i opisany wyżej stan faktyczny Izba uznała, że Odwołującemu nie przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Odwołujący definitywnie utracił status wykonawcy w tym postępowaniu. Odwołujący wskazał, że prawo do wniesienia odwołania przysługiwało mu jako innemu podmiotowi. W ocenie Izby stanowisko to należy uznać za nieprawidłowe. Innymi podmiotami w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp są wszelkie osoby inne niż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, których uprawnienie do wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zostało bezpodstawnie ograniczone przez zamawiającego. Jako przykład takich podmiotów wskazać można wykonawców, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego. Podmioty te nie mają możliwości wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w trybie konkurencyjnym. Utrata statusu wykonawcy w postępowaniu wbrew stanowisku Odwołującego nie spowodowała, że stał się on innym podmiotem w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp.

W konsekwencji Izba uznała, że odwołanie polega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 8 ust. 1 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r., poz. 2437), z którego wynika, że w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.

Przewodniczący .....