Sygn. akt: KIO 193/15

POSTANOWIENIE
z dnia 10 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 10 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 30 stycznia 2015 r. przez **wykonawcę TPF Sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: Safege S.A. (lider) oraz Biuro Realizacji Inwestycji Koltech Inwestor Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: 15-27 rue du Port, Parc de l'Ile, 92000 Nanterre, Francja, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawcy Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

---

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę TPF Sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa TPF Sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TPF Sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy TPF Sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa na rzecz: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej „zamawiający") na *Zarządzanie i nadzór nad modernizacją linii kolejowej nr 226 Pruszcz Gdański – Gdańsk Port Północny na odcinku od km 1,329 do km 13,550 w ramach projektu POIiŚ 7.2-4.1 „Projekt poprawy dostępu kolejowego do Portu Gdańsk (most + dwutorowa linia kolejowa)"* [ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 czerwca 2014 r. pod nr 2014/S 110-194465] wykonawca TPF Sp. z o.o. (dalej „odwołujący") złożyli odwołanie wobec:

1. zaniechania wykluczenia wykonawcy Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. (dalej: „wykonawca Egis") z postępowania pomimo, że nie wykazał spełniania warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej,
2. zaniechania wykluczenia wykonawcy Egis z postępowania pomimo, że nie wykazał spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia na skutek niewykazania skutecznego udostępnienia mu zasobu wiedzy i doświadczenia oraz braku podstaw do wykluczenia Egis Rail (podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie),
3. zaniechania wykluczenia wykonawcy Egis z postępowania pomimo niewniesienia przez tego wykonawcę wadium,
4. zaniechania wezwania wykonawcy Egis do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi przedstawionej w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia,
5. zaniechania wezwania wykonawcy Egis do uzupełnienia odpisu z rejestru dla podmiotu, który udostępnia mu zasoby osobowe, finansowe oraz ekonomiczne.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) [dalej „ustawa Pzp"], a także art. 104 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. wykluczenia wykonawcy Egis z postępowania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zgodnie z postanowieniem pkt 19.8 SIWZ jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniem została ustanowiona cena (znaczenie – 100%).

Odwołujący zaoferował drugą w kolejności najniższą cenę (najniższą cenę zaoferował wykonawca Egis).

W wyniku badania i oceny ofert (informacja o wynikach postępowania z dnia 15 października 2014 r.) zarówno oferta odwołującego, jak i wykonawcy Egis została odrzucona.

Zarówno odwołujący, jak i wykonawca Egis złożył odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Nadto zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje zarówno od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak i od zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp (i wyłącznie od nich).

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechań, o których zamawiający – w sposób wskazany poniżej – przesłał odwołującemu informację w dniu 15 października 2014 r. (decyzja zamawiającego o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy Egis pozostawała w toku w postępowania bez zmian – wyrokiem z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2224/14 i KIO 2230/14 Izba nakazała wprawdzie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, ale w jej ramach – adekwatnie do

zaskarżonych przez wykonawcę Egis czynności – nastąpić miała jedynie ocena oferty, nie zaś spełniania warunków przez wykonawcę Egis), co – oznacza, że 10-cio dniowy termin na wniesienie odwołania, obliczony zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, upłynął w dniu 25 października 2014 r.

Odwołujący, odwołaniem z dnia 30 stycznia 2015 r., wniesionym w tej samej dacie, zarzucił zamawiającemu zaniechanie wykluczenia wykonawcy Egis z tego powodu, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej oraz wiedzy i doświadczenia (pkt 1 i 2 odwołania), a także z tego powodu, że nie wniósł wadium (pkt 3 odwołania). Nadto odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie wezwania wykonawcy Egis do uzupełnienia tzw. dokumentów podmiotowych (pkt 4 i 5 odwołania).

Skład orzekający Izby uznał, że wszystkie zarzuty objęte odwołaniem z dnia 30 stycznia 2015 r. są zarzutami spóźnionymi.

Informację stanowiącą podstawę do kwestionowania działań zamawiającego w tym zakresie zamawiający przesłał odwołującemu w dniu 15 października 2014 r., kiedy to w ramach informacji o wynikach przedmiotowego postępowania wskazał także, że oferta wykonawcy Egis została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (pkt IV ppkt 1 informacji). Informacja, że oferta wykonawcy Egis została „jedynie" odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp, tj. z tego powodu, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia była jednocześnie informacją, że zamawiający nie znalazł podstaw do wykluczenia wykonawcy Egis z udziału w postępowaniu na podstawie żadnej z przesłanek ustawowych, a tym samym informacją, że zamawiający nie wykluczył tego wykonawcy.

O ile powyższa ocena wykonawcy Egis dokonana przez zamawiającego pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu i wniesienia wadium nie była prawidłowa (nie była zgodna z przepisami ustawy Pzp), a odwołujący był zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, to winien – w celu ochrony swojego interesu w uzyskaniu zamówienia – złożyć odwołanie wobec zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy Egis.

Odwołujący stanął jednak na stanowisku, że nie było to możliwe, ponieważ zamawiającemu nie można było wówczas zarzucić zaniechania wykluczenia wykonawcy Egis z tego względu, że zamawiający nie wykonał – wobec odrzucenia oferty wykonawcy Egis – obowiązku wezwania wykonawcy Egis do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, a co – wedle odwołującego – nie mogło w konsekwencji prowadzić do wykluczenia wykonawcy Egis.

Argument powyższy nie może się ostać co do zaniechania wykluczenia wykonawcy Egis z udziału w postępowaniu z tego powodu, że wykonawca ten nie wniósł wadium, ponieważ ustawa Pzp żadnej możliwości w zakresie uzupełnienia wadium nie dopuszcza.

Skład orzekający Izby nie może także podzielić stanowiska odwołującego co do tego, że od dnia 15 października 2014 r. zamawiającemu nie można było zarzucić zaniechania wykluczenia wykonawcy Egis wobec tego, że – jak sformułował to odwołujący na posiedzeniu – „zamawiający był uprawniony do powstrzymania się od wezwania tegoż

---

wykonawcy do uzupełnienia dokumentów podmiotowych", ponieważ wykluczenie wykonawcy z tego powodu, że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu jest obowiązkiem zamawiającego, jako odpowiedzialnego za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania, wynikającym z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, zaś poprzedzenie wykluczenia wykonawcy wezwaniem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie dotyczy przypadku, gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Skoro zamawiającemu nie wolno było wezwać wykonawcy po terminie składania ofert

do uzupełnień, a wykonawca ten nie wykazał, poprzez oświadczenia/dokumenty złożone wraz z ofertą, spełniania warunków udziału w postępowaniu, to brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przesądza o konieczności wykluczenia wykonawcy przez prowadzącego postępowanie zamawiającego.

Wobec opartego na powyższej argumentacji stanowiska co do istnienia po stronie zamawiającego obowiązku wykluczenia wykonawcy w przypadku nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w sytuacji braku możliwości wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp skład orzekający Izby uznał, że odwołujący mógł zgłosić zarzuty zaniechania wykluczenia wykonawcy Egis z udziału w postępowaniu jedynie w terminie 10-ciu dni od dnia 15 października 2014 r., tj. do dnia 25 października 2014 r.

Odwołujący uczynił to dopiero w odwołaniu wniesionym w dniu 30 stycznia 2015 r., wobec czego skład orzekający Izby uznał, że zarzuty z pkt 1 i 2 odwołania są spóźnione.

Zarzuty zaniechania wezwania wykonawcy Egis do uzupełnienia dokumentów (potwierdzających należyte wykonanie usługi, odpisu z rejestru dla podmiotu, który udostępnia wykonawcy zasoby – pkt 4 i 5 odwołania) zostały podniesione wobec uznania przez odwołującego, że wykonawca Egis nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Zarzuty zaniechania wykluczenia wykonawcy Egis zostały – o czym była mowa wyżej – uznane za spóźnione.

Zarzuty zaniechania wezwania wykonawcy Egis do uzupełnienia dokumentów zostały postawione przez odwołującego wobec oceny odwołującego, że wykonawca Egis nie spełnia warunków udziału w postępowaniu – są konsekwencją zarzutów zaniechania wykluczenia wykonawcy Egis.

Skoro zarzuty zaniechania wykluczenia wykonawcy Egis zostały uznane za spóźnione i są to zarzuty, które odwołujący mógł podnieść jedynie do dnia

---

25 października 2015 r., to w ocenie składu orzekającego Izby zarzuty zaniechania wezwania wykonawcy Egis do uzupełnienia dokumentów, jako nierozerwalnie związane z tymi zarzutami (będące ich konsekwencją i mające racją bytu, o ile „aktualne” pozostają zarzuty zaniechania wykluczenia wykonawcy), także uznać należy za spóźnione.

Uznając, że wszystkie zarzuty są zarzutami spóźnionymi, skład orzekający Izby uznał jednocześnie, że wniesione w dniu 30 stycznia 2015 r. odwołanie, na które zarzuty te się składały zostało wniesione po upływie terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co obliguje skład orzekający Izby do ich odrzucenia na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

O ile zamawiający może na każdym etapie postępowania do podpisania umowy badać podstawy do wykluczenia wykonawców z postępowania (w przedmiotowym postępowaniu badanie podstaw do wykluczenia wykonawców nastąpiło w ramach oceny ofert, o której wynikach informację zamawiający przesłał wykonawcom w dniu 15 października 2014 r.), o tyle uprawnienie wykonawców w tym zakresie zostało ograniczone ustanowionymi terminami na wniesienie odwołania. Termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym, nie podlegającym przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Począwszy od dnia 15 października 2014 r. odwołujący miał możliwość oceny, jakie środki ochrony prawnej winien podjąć w celu ochrony swojego interesu w uzyskaniu zamówienia, jeżeli uzyskaniem przedmiotowego zamówienia był zainteresowany.

Ocena ta winna doprowadzić odwołującego do wniosku, że ochrona jego interesu w uzyskaniu tego zamówienia wymagała (w sytuacji, gdy oferta wykonawcy Egis zawiera ceną niższą, a cena stanowi jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej oraz w sytuacji, gdy odwołujący nie mógł wykluczyć uwzględnienia ewentualnego odwołania

wykonawcy Egis wobec odrzucenia jego oferty) nie tylko wniesienia odwołania wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego, ale także wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy Egis, czego nie uczynił, poprzestając na ochronie swojego interesu w uzyskaniu zamówienia opartej na ryzyku, że odwołanie wykonawcy Egis zostanie oddalone, a odwołanie obecnego odwołującego (z dnia 24 października 2014 r.) uwzględnione.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także w oparciu o przepisy 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……