

WYROK
z dnia 1 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie: Andrzej Niwicki
Marzena Teresa Ordysińska
Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2012 r. przez wykonawcę **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o.**, 41-705 Ruda Śląska, ul. 11 Listopada 36 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.**, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **PKP Energetyka S.A.**, 00-681 Warszawa, ul. Hoża 63/67, **Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. w upadłości układowej**, 03-816 Warszawa, ul. Chodakowska 100, **Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o.**, 80-051 Gdańsk, ul. Sandomierska 17 zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **PKP Energetyka S.A.** z siedzibą w Warszawie, **Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. w upadłości układowej** z siedzibą w Warszawie, **Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o.**, z siedzibą w Gdańsku i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert niepodlegających odrzuceniu.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.**, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74 i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o.**, 41-705 Ruda Śląska, ul. 11 listopada 36 tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.**, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74 na rzecz wykonawcy **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o.**, 41-705 Ruda Śląska, ul. 11 Listopada 36 kwotę **23.600 zł. 00 gr.** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie Centrum Realizacji Inwestycji Oddział Południowy w Krakowie na *wykonanie wzmocnienia podtorza kolejowego na szlaku Bochnia – Brzesko Okocim w km 39,000 – 48,800 realizowanego w ramach Projektu POLiŚ 7.1-30 Modernizacja linii kolejowej E 30/C-E 30, odcinek Kraków – Rzeszów, etap III (nr postępowania IRO3ZAa-216-03/POLiŚ 7.1-30/2012)*, wobec zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe w Gdańsku Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej zwani Konsorcjum PKP Energetyka), wykonawca Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynierskich SANEL Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej wniósł w dniu 14 września 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1968/12). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 14 września 2012 r. Podstawą na jakiej odwołujący opiera zarzut zaniechania Konsorcjum PKP Energetyka z postępowania stanowi wydane 13 września 2012 r. postanowienie Sądu Rejonowego Warszawa Praga – Północ o ogłoszeniu upadłości z możliwością zawarcia układu z wierzycielami (sygn. akt przed ogłoszeniem postanowienia (GU 69/12, sygn. akt. po ogłoszeniu postanowienia 9 GU 17/12).

Postępowanie ogłoszone zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2012/S 61-098964 w dniu 28.03.2012r. i prowadzone jest według zasad dotyczących postępowań o wartości szacunkowej zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wykonawczych do ustawy dla robót budowlanych.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia:

1. art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PKP Energetyka z postępowania pomimo wydania postanowienia o ogłoszeniu upadłości z możliwością zawarcia układu z wierzycielami;
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
3. innych przepisów wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, wykluczenie

Konsorcjum PKP Energetyka z udziału w postępowaniu, dokonanie wyboru oferty odwołującego się.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów i żądań odwołujący wskazał na okoliczności związane z wyborem oferty Konsorcjum PKP Energetyka, jak również konsekwencje wydania przez Sąd postanowienia o ogłoszeniu upadłości z możliwością zawarcia układu z wierzycielami. Zamawiający poinformował odwołującego o wyrych oferty najkorzystniejszej w dniu 20 lipca 2012 r. W dniu 13 września 2012 r. Sąd Rejonowy wydał postanowienie o ogłoszeniu upadłości z możliwością zawarcia układu z wierzycielami Przedsiębiorstwa Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – jednego z członków Konsorcjum PKP Energetyka. Ponieważ, jak dotąd układ z wierzycielami nie został zawarty, nie zachodzi wyjątek przewidziany w ustawie w art. 24 ust. 1 pkt 2, a zamawiający był zobowiązany do wykluczenia Konsorcjum PKP Energetyka z postępowania. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 3 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1275/12, zapadły na gruncie analogicznego stanu faktycznego, w którym Izba stwierdziła zasadność weryfikacji wykonawcy pod kątem zaistnienia przesłanki wykluczenia z postępowania z uwzględnieniem okoliczności ogłoszenia upadłości po upływie terminu składania wniosków. W ocenie odwołujące, zamawiający był uprawniony do weryfikacji wykonawcy pod kątem braku podstaw do wykluczenia również po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Ustawa w żadnym miejscu nie zakazuje weryfikacji wykonawców na późniejszym etapie postępowania w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy z udziału w

postępowaniu.

W dniu 21.09.2012 r. do postępowania odwoławczego przystąpiło po stronie zamawiającego Konsorcjum PKP Energetyka.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), zwanej dalej „ustawą”.

4

W toku posiedzenia Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazanych w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie na rozprawę.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, postanowienia Sądu Rejonowego dla Warszawy-Pragi-Północ, IX Wydział Gospodarczy z dnia 13 września 2012 r. (sygn. akt IX GU p 17/12), a także stanowisk stron prezentowanych w pismach i na rozprawie Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzuty w odwołaniu sprowadzają się do jednej zasadniczej kwestii dotyczącej możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, w sytuacji, kiedy przesłanki opisane w tym przepisie wystąpią po zakończonej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed zawarciem umowy z wykonawcą, w stosunku do którego zachodziłaby podstawa do jego wykluczenia.

Odwołujący wskazywał na brak przeszkód formalnych w tym, aby zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia zastosował sankcję wykluczenia z postępowania wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia, jeżeli w stosunku do jednego z nich sąd wydał postanowienie o ogłoszeniu upadłości po otwarciu ofert. Zamawiający tymczasem utrzymywał, iż w sytuacji, kiedy ze złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w ofercie dokumentów (odpisów KRS), potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy na dzień składania oferty, nie wynika, aby w stosunku do jednego z konsorcjantów została ogłoszona upadłość, nie ma on możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Rozstrzygając w zakresie zarzutu, Izba uwzględniła udowodnioną w toku rozprawy okoliczność ogłoszenia upadłości z możliwością zawarcia układu z wierzycielami w stosunku do jednego z członków konsorcjum, którego ofertę zamawiający w dniu 19 lipca 2012 r. wybrał jako najkorzystniejszą. Postanowieniem z dnia 13 września 2012 r. Sąd Rejonowy dla Warszawy-Pragi-Północ ogłosił upadłość z możliwością zawarcia układu Przedsiębiorstwa Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. w Warszawie, wchodzącego w skład Konsorcjum PKP Energetyka. Ogłoszenie o wydanym postanowieniu zamieszczone zostało Monitorze Sądowym i Gospodarczym z 21 września 2012 r., Nr 184, poz. 12481. Do czasu wniesienia odwołania, umowa z wybranym wykonawcom nie została zawarta.

5

W przedmiotowym stanie faktycznym, zasadniczym dla rozstrzygnięcia o zasadności zarzutów było stwierdzenie, czy zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po czynności wyboru oferty najkorzystniejszej powinien uwzględnić okoliczność zaistniałą po otwarciu oferty wybranej, istotną dla zakończonej oceny braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Oczywiście, jest iż w takiej sytuacji, dokumenty złożone przez wykonawcę wraz z ofertą, na podstawie których zamawiający przeprowadził

ocenę oferty, nie mogły zawierać informacji o zdarzeniu, jakie miało miejsce po otwarciu ofert, lecz przed zakończeniem postępowania.

Na wstępie koniecznym było ustalenie, w jakim momencie następuje zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. W tym zakresie Izba uwzględniła stanowisko prezentowane w innych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, poparte stanowiskiem Sądu Najwyższego, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie kończy się wyborem oferty najkorzystniejszej (tak KIO w wyroku z dnia 31 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1511/12, oraz w wyroku z dnia 3 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1275/12). W uchwale z dnia 17 grudnia 2010 r., sygn. akt. III CZP 103/10, Sąd Najwyższy wskazał, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 pkt 7a ustawy da się zdefiniować, jako ciąg czynności faktycznych i prawnych, natomiast przepis nie określa momentu zakończenia tego postępowania, „ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Następnie Izba odniosła się do stanowiska zamawiającego o braku narzędzi ustawowych dla badania wystąpienia przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania według stanu późniejszego niż termin składania ofert. Zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Ww. przepis precyzuje zatem moment, na który wykonawcy zobowiązani są wykazać spełnianie postawionych przez zamawiającego warunków, jak też brak podstaw do wykluczenia, oraz cel, w jakim dokumenty są żądane. Z drugiej strony przepis ten stanowi swego rodzaju gwarancję dla wykonawców, że zamawiający nie będzie żądał od nich dokumentów innych, niż aktualne na dany moment.

W ocenie Izby, ustawa nie wprowadza zakazu weryfikacji wykonawców na późniejszym etapie postępowania, a zamawiający w sytuacji wystąpienia okoliczności, które miałyby wpływ na dokonaną ocenę, nie może ich pominąć milczeniem. Również Izba, rozstrzygając o zasadności zarzutów bierze pod uwagę całokształt okoliczności ustalonych w

sprawie, w tym okoliczności stwierdzone innymi od złożonych w postępowaniu dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania ofert. Zamawiający, jako gospodarz postępowania i dysponent środków publicznych zobowiązany jest do udzielenia zamówienia – zawarcia umowy z wykonawcą, który nie podlega wykluczeniu z postępowania. W toku postępowania, które jak wskazano powyżej kończy się w momencie zawarcia umowy z wykonawcą, może zaistnieć sytuacja, kiedy złożone w ofercie dokumenty nie dają podstaw do stwierdzenia wystąpienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, jednak w toku postępowania nastąpi zmiana sytuacji prawnej lub ekonomicznej wykonawcy, rzutująca na ocenę predyspozycji wykonawcy do wykonania zamówienia. Taką okolicznością z pewnością jest ogłoszenie upadłości wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu. Zarówno Izba, jak i zamawiający nie może pominąć faktu ogłoszenia upadłości wykonawcy ubiegającego się o zamówienia, którego ofertę zamawiający wybrał i z którym zamierza zawrzeć umowę, gdyż w przeciwnym razie prowadziłoby to do naruszenia podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zawarcie umowy z wykonawcą, który nie spełnia ustawowych przesłanek do tego, aby uzyskać zamówienie, godziłoby w istotę prowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż możliwa jest zmiana pierwotnej decyzji zamawiającego na późniejszym etapie postępowania, w sytuacji, kiedy przedstawione dowody podważają wynik przeprowadzonego badania.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający powziął informację o ogłoszeniu przez Sąd Rejonowy upadłości w stosunku do jednego z konsorcjantów, co miało miejsce po zakończonej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej, ale przed zawarciem umowy z tym wykonawcą. Jakkolwiek czynność oceny ofert została przeprowadzona prawidłowo w oparciu o złożone przez tego wykonawcę dokumenty, to jednak jej wynik nie mógł być utrzymany, w związku z ogłoszeniem upadłości jednego z członków Konsorcjum PKP

Energetyka. Ponieważ w toku postępowania odwoławczego, Konsorcjum PKP Energetyka występowało w charakterze uczestnika i nie podnosiło, aby zawarty został układ z wierzycielami, Izba uznała, iż nie zachodził wyjątek określony w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, a Konsorcjum PKP Energetyka podlegało wykluczeniu z postępowania na tej podstawie. Fakt, iż upadłość ogłoszono w stosunku do jednego z uczestników konsorcjum nie zmienia oceny sytuacji prawnej, gdyż zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Izba pominęła, jako nieistotne argumenty podnoszone przez Konsorcjum PKP Energetyka, a dotyczące możliwości odstąpienia przez zamawiającego od umowy z wykonawcą, jak również solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum za realizację umowy.

7

Instrumenty te mają na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, z którym zawarta zostaje umowa o zamówienie publiczne i występują na etapie realizacji umowy, co w żaden sposób nie może mieć wpływu na ocenę prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający przede wszystkim zobowiązany jest do dołożenia staranności na etapie oceny ofert, tak aby zapobiec sytuacji, która zagrażałaby prawidłowej realizacji umowy. W sytuacji, analogicznej do opisanej powyżej, nie ma przeszkód prawnych w tym, aby zamawiający zmienił wynik postępowania, co również może uczynić Izba, uwzględniając odwołanie. Uprawnienie Izby do nakazania powtórzenia czynności nie może być rozumiane jako jedyna droga do uchylecia wadliwego wyniku postępowania. W ocenie Izby, również sam zamawiający w przypadku stwierdzenia błędu, lub wystąpienia istotnych okoliczności, może dokonać zmiany czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. do momentu zawarcia umowy z wybranym wykonawcą.

Mając powyżej na względzie koniecznym było uwzględnienie odwołania i unieważnienie wyniku postępowania.

8

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 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 rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu uiszczoną przez odwołującego (20.000,00 zł), a także koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości wykazanej rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy, nie przekraczającej maksymalnej kwoty określonej w rozporządzeniu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

9