Sygn. akt: KIO 1890/19

POSTANOWIENIE
z dnia 4 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 4 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2019 r. przez wykonawcę Control Process S.A. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A. we Wrocławiu

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć wykonawcę Control Process S.A. w Krakowie i zaliczyć na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 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 we Wrocławiu.

Przewodniczący:

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

postanowienia z dnia 4 października 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1890/19

Zamawiający - Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A., ul. Łowiecka

24, 50-220 Wrocław - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Realizacja pod klucz elektrociepłowni gazowo-parowej dla Kogeneracja S.A. w Siechnicach", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 26 lipca 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2019/S 143-353314, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie jest prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego - w oparciu o przepisy Działu II Rozdziału 3 Oddziału 3a dialog konkurencyjny, ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej jako „p.z.p.”

W dniu 23 września 2019 r. wykonawca Control Process S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, dalej zwany jako „odwołujący”, wniósł odwołanie w postępowaniu. Środek zaskarżenia został wniesiony wobec zaniechania lub odmowy udzielenia przez zamawiającego wyjaśnień, na wniosek odwołującego z dnia 4 września 2019 r. W odwołaniu został postawiony zamawiającemu zarzut naruszenia art. 38 ust. 1 p.z.p. w zw. z pkt 2.7 dokumentu „instrukcja dotycząca prowadzonego postępowania (wymagania formalne)", poprzez zaniechanie/odmowę udzielenia wyjaśnień na wnioski odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu udzielenia odpowiedzi na jego wniosek, z dnia 4 września 2019 r., dotyczący wyjaśnienia treści ogłoszenia oraz instrukcji, dotyczącej prowadzonego postępowania, poprzez:

1. uszczegółowienie, tj. opisanie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń zakresu prac, jakie wykonawca ma wykonać osobiście, lub usunięcie warunku opisanego w instrukcji w pkt 10.1 - obowiązek osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę, tj.: „Na podstawie art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy zamawiający wymaga, aby wykonawca osobiście wykonał zakres prac budowlanych co najmniej w zakresie związanym z budową bloku gazowo-parowego.",

2. potwierdzenie, że wykonawca może, w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 12.3.2. a) instrukcji (tj. projektowanie, dostawa i montaż oraz uruchomienie i przejęcie do eksploatacji bloku gazowo-parowego, którego moc elektryczna znamionowa netto w warunkach ISO wynosiła nie mniej niż 50 MWe), posłużyć się zdolnościami technicznymi podmiotu trzeciego, na którego zdolnościach będzie polegał wykonawca i rozwiązanie to nie będzie stało w sprzeczności z wymogiem z pkt 10.1. instrukcji;

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające, w jego ocenie, wniesienie środka ochrony prawnej.

W dniu 26 września 2019 r. zamawiający przekazał Izbie odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania, wskazując, że ustawa p.z.p. nie zawiera w swojej treści instytucji składania wyjaśnień treści ogłoszenia o zamówieniu, co należy ocenić przez pryzmat art. 189 ust. 2 pkt 1 p.z.p., wobec brzmienia art. 180 ust. 1 p.z.p.

Ponadto, w ocenie zamawiającego, zastosowany tryb zamówienia - dialog konkurencyjny, powoduje, że nie znajdzie zastosowania art. 38 ust. 1 p.z.p., w którym określono obowiązek wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej jako „SIWZ”), której nie ma na obecnym etapie postępowania. Wskazany przepis nie dotyczy ogłoszenia o zamówieniu i nie można zastosować go w drodze analogii oraz stwierdzić podstaw do istnienia obowiązku zamawiającego wyjaśnienia treści ogłoszenia o zamówieniu. Jak również zastrzeżenia odwołującego, co do treści ogłoszenia, powinny w istocie zostać wniesione jako odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, co nastąpiło z uchybieniem terminu (art. 182 ust. 2 pkt 1 p.z.p.) i zgodnie z dyspozycją art. 189 ust. 2 pkt 3 p.z.p. winno skutkować odrzuceniem odwołania przez Izbę.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym, w charakterze uczestnika postępowania, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Polimex Mostostal S.A., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa i Polimex Energetyka Sp. z o. o., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, dalej zwanych jako „przystępujący”.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i zaznaczył, że postawione w odwołaniu zarzuty są bezzasadne oraz spóźnione.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Skład orzekający wskazuje, że zgodnie z art. 180 ust. 1 p.z.p. odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej

w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Natomiast art. 38 p.z.p. określa obowiązek zamawiającego udzielenia wyjaśnień treści SIWZ w określonych terminach, o ile wniosek o wyjaśnienie spełni warunki wskazane w tej normie. Warto zwrócić uwagę, że ustawodawca uznał za celowe ograniczenie omawianego obowiązku wyłącznie do treści SIWZ i nie zdecydowano się na przyznanie wykonawcom prawa do zadawania pytań i otrzymania od zamawiającego wyjaśnień w zakresie treści ogłoszenia o zamówieniu, czy w stosunku do innej dokumentacji postępowania. Zatem normy p.z.p. nie obligują zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, w sytuacji gdy wykonawca zwraca się do zamawiającego w innym celu, niż wyjaśnienie treści specyfikacji.

Jak trafnie wskazuje się w doktrynie „ Z uwagi na różną praktykę w zakresie stosowania przepisów dotyczących wyjaśniania siwz należy zauważyć dwie rzeczy: 1) przepis ten dotyczy tylko wyjaśniania siwz; nie powinien więc być podstawą do wyjaśniania innych dokumentów, np. treści ogłoszenia; 2) przepis pozwala na wyjaśnianie jedynie wątpliwości związanych z treścią siwz; nie powinno więc na jego podstawie domagać się wprowadzenia zmian do specyfikacji, polemizować z treścią jej zapisów na innej drodze niż odwołanie, czy też zadawać zamawiającemu pytania związane wprawdzie z postępowaniem, ale niebędące treścią siwz.” (tak J. Pieróg, Komentarz do art. 38 Prawa zamówień publicznych, wyd. 15, 2019, Legalis).

W ocenie składu orzekającego odwołanie, które zostało wniesione wobec zaniechania, czy odmowy udzielenia przez zamawiającego wyjaśnień w zakresie treści zawartej w ogłoszeniu o zamówieniu, czy w dokumencie instrukcji dotyczącej prowadzonego postępowania, nie mieści się w katalogu czynności do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Ustawa p.z.p. nie zna instytucji wyjaśnienia treści ogłoszenia o zamówieniu, zatem Izba nie ma możliwości stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy i nakazania zamawiającemu dokonania takich wyjaśnień, z powodu braku w p.z.p. podstawy prawnej do nakazania czynności wskazanej w żądaniu odwołania.

Rozpoznawane odwołanie nie mieści się w hipotezie art. 180 ust. 1 p.z.p., co powoduje, że w ustalonym stanie rzeczy nie mają zastosowania przepisy ustawy (art. 189 ust. 2 pkt 1 p.z.p.), a w konsekwencji odwołanie powinno zostać odrzucone. Jedynie na marginesie zaznaczyć należy, że nie wszystkie zobowiązania, jakie przyjmuje na siebie zamawiający, mają swoje źródło w ustawie - ewentualne naruszenie tych zobowiązań podlega kognicji sądów powszechnych, na zasadach ogólnych określonych w kodeksie cywilnym.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący wskazuje na zastrzeżenia do wymagań ogłoszenia o zamówieniu (sekcja III pkt 1.3 i pkt 2.2 ogłoszenia), należy więc stwierdzić, że na kanwie p.z.p. odwołanie o rozpoznawanej treści powinno zostać wniesione, jako odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu. W szczególności, że żądania „wyjaśnienia treści ogłoszenia oraz instrukcji dotyczącej prowadzonego postępowania” zmierzają do zmiany treści ogłoszenia, a nie jego wyjaśnienia. Tym niemniej - niezależnie od wniosków odwołania - treść ogłoszenia o zamówieniu została upubliczniona w dniu 26 lipca 2019 r., zatem należy przyjąć, że zawity termin na wniesienie środka ochrony prawnej, określony w art. 182 ust. 2 pkt 1 p.z.p., skutecznie upłynął z dniem 5 sierpnia 2019 r. (art. 14 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 111 § 2 k.c. oraz art. 111 § 1 k.c.).

W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło 23 września 2019 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Warto zaznaczyć, że odwołujący podniósł, iż powziął informację, stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania, w dniu 20 września 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcze ustaliła, że stanowisko odwołującego jest sprzeczne z aktami postępowania odwoławczego, bowiem z przekazanych przez zamawiającego dokumentów wynika, że zaskarżona treść ogłoszenia o zamówieniu znajduje się w ogłoszeniu nr 2019/S 143-353314, opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lipca 2019 r. i nie była modyfikowana przez zamawiającego, co powoduje, że założenia odwołującego nie znajdują potwierdzenia w materiale procesowym. Skład orzekający zatem stwierdził, że - pod pozorem postawienia zarzutu w zakresie zaniechania wyjaśnień treści dokumentacji postępowania, która znajduje się w ogłoszeniu o zamówieniu - odwołujący usiłował obejść zawity termin na wniesienie odwołania co do jego treści.

Przyjęcie przez Krajową Izbę Odwoławczą do merytorycznego rozpoznania odwołania, które zostało wniesione wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, pod pozorem zarzutu zaniechania wyjaśnienia treści innych, niż SIWZ (co nie mieści się w hipotezie art. 38 p.z.p.), z przekroczeniem zawitego terminu wskazanego w ustawie, spowodowałoby usankcjonowanie możliwości przywrócenia ustawowego dziesięciodniowego terminu na wniesienie odwołania od tej czynności, co jest nie tylko niedopuszczalne na kanwie p.z.p., ale również byłoby sprzeczne z zasadami naczelnymi zamówień publicznych.

W wywiedzionym stanie faktycznym i prawnym Izba stwierdziła spełnienie przesłanek opisanych w dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 180 ust. 1 p.z.p. oraz art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 p.z.p. i zobligowana była odwołanie odrzucić, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. oraz § 5 ust. 4 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), obciążając odwołującego kosztem wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: