Sygn. akt: KIO 3165/20

POSTANOWIENIE
z dnia 8 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Bartosz Stankiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 8 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2020 r. przez konsorcjum PSI Polska Sp. z o.o. w Poznaniu, PSI Software AG w Berlinie, Apator Elkomtech S.A. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez Energa-Operator S.A. w Gdańsku przy udziale wykonawcy Mikronika Sp. z o.o. w Poznaniu przystępującego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć konsorcjum PSI Polska Sp. z o.o. w Poznaniu, PSI Software AG w Berlinie, Apator Elkomtech S.A. w Łodzi i zaliczyć na poczet kosztów kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez powyższych 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 w Gdańsku.

Przewodniczący:……
Członkowie: ……
……

U z a s a d n i e n i e
postanowienia z dnia 8 grudnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3165/20

W dniu 18 grudnia 2018 r. Energa-Operator S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk (dalej zwana jako „zamawiający") wszczęła postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego w przedmiocie „Wdrożenia centralnego systemu zarządzania ruchem sieci elektroenergetycznej SCADA", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 243-556915, zwane dalej jako „postępowanie".

Odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, w dniu 8 grudnia 2020 r., wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum PSI Polska Sp. z o.o. ul. Towarowa 35, 61-896 Poznań, PSI Software AG ul. Dircksenstraße 42-44,10178 Berlin i Apator Elkomtech S.A. ul. Wołowa 2C, 93-569 Łódź (dalej zwani jako „odwołujący"). Odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mikroniki pomimo, że nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ");
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie pomiędzy Zamawiającym a Mikroniką niedozwolonych negocjacji treści oferty;
3. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mikroniki, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. ewentualnie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Mikroniki do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty pomimo, że wydaje się ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami przez niego określonymi – jeśli Wysoka Izba uzna, że dopuszczalne jest ponownie wezwanie tego Wykonawcy do złożenia takich wyjaśnień;
5. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mikroniki pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
6. art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych przez Mikronikę jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. a) całości wyjaśnień Mikroniki w zakresie ceny, b) całości wyjaśnień z 17.04.2020 r. złożonych przez Mikronikę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1a ustawy Pzp z dnia 3 kwietnia 2020 r.
7. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i wobec oferty wykonawcy Mikronika Sp. z o.o. w Poznaniu nakazanie zamawiającemu: powtórzenia badania i oceny tej oferty, odrzucenie jej z postępowania, a także odtajnienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na wezwanie do wyjaśnienia ceny i wyjaśnień z dnia 17 kwietnia 2020 r., które zostały złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 3 kwietnia 2020 r.

Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym, w charakterze uczestnika postępowania, wykonawcę Mikronika Sp. z o.o., ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań (dalej zwanego jako „przystępujący" lub „wykonawca Mikronika"), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

Skład rozpoznający spór, na podstawie akt postępowania odwoławczego, w tym dokumentacji postępowania przedstawionej przez zamawiającego, stanowisk procesowych zamawiającego, przystępującego i dodatkowego stanowiska odwołującego, a także w ramach notoriów urzędowych, ustalił i stwierdził, że czynności i zaniechania zamawiającego w postepowaniu były już kilkukrotnym przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Postępowanie odwoławcze przed Izbą toczyło się pod następującymi sygn. akt: KIO 2684/18, KIO 821/19, KIO 846/19, KIO 72/20, KIO 343/20, KIO 1299,1305/20 i KIO 3081/20. Co istotne dla rozpoznawanego sporu, Krajowa Izba Odwoławcza dwukrotnie orzekała w przedmiocie sporu, pomiędzy tymi samymi stronami postępowania odwoławczego, w zakresie tych samych żądań, które sformułowano w obecnie rozpoznawanym odwołaniu, w wyniku czego wydano dwa rozstrzygnięcia – postanowienie z dnia 10 sierpnia 2020 r. sygn. akt: KIO 1299,1305/20 i postanowienie z dnia 1 grudnia

2020 r. sygn. akt: KIO 3081/20. Sprawy zakończyły się wydaniem przez składy orzekające rozstrzygnięć formalnych o odrzuceniu odwołań.

W sprawie o sygn. akt: KIO 1299,1305/20 odwołujący postawił zamawiającemu zarzuty naruszenia: - art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. (poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mikronika, pomimo że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia), - ewentualnie art. 90 ust. 1 p.z.p. (poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Mikronika do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty, pomimo że wydaje się ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości zamawiającego - jeśli Izba uzna, że ponownie wezwanie wykonawcy Mikronika do złożenia takich wyjaśnień jest dopuszczalne), - art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. (poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mikronika, pomimo że nie odpowiada treści SIWZ), - art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. (poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mikronika, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), - art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 p.z.p. (poprzez zaniechanie ujawnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych przez wykonawcę Mikronika jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. a) wyjaśnień wykonawcy Mikronika w zakresie ceny oraz uzasadnienia zastrzeżenia informacji zawartych w tym dokumencie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, b) wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Mikronika w odpowiedzi na wezwania zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1a p.z.p. z dnia 3 i 24 kwietnia 2020 r. oraz uzasadnienia zastrzeżenia informacji zawartych w tych dokumentach, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wskutek czego zamawiający bezpodstawnie nie udostępnił odwołującemu tych informacji i dokumentów je zawierających), - art. 7 ust. 1 p.z.p. (poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców).

Wobec powyższych zarzutów odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu tożsamych czynności, jak w obecnie rozpoznawanym odwołaniu, czyli odrzucenia oferty wykonawcy Mikronika i odtajnienia wyjaśnień wykonawcy, z tą różnicą, że w obecnie rozpoznawanym sporze odwołujący nie żąda udostępnienia wyjaśnień Mikroniki złożonych na wezwanie z 24 kwietnia 2020 r. i uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – w przedmiotowym odwołaniu żądania nie dotyczą tych dokumentów, są węższe, zaś w pozostałym zakresie żądania są tożsame.

Dalej ustalono, że te same okoliczności faktyczne, dotyczące czynności i zaniechań zamawiającego, co w rozpoznawanym sporze, podniesiono w odwołaniu o sygn. akt: KIO 3081/20. Odwołujący powołał się na te same argumenty, kopiując zarzuty i żądania z pierwszej sprawy oraz dodając stanowisko w zakresie okoliczności postępowania zaistniałych do momentu unieważnienia przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty Mikroniki w dniu 13 listopada 2020 r., stawiając dodatkowe zarzuty w związku z okolicznościami przedmiotowego unieważnienia odrzucenia, polemizując z czynnościami zamawiającego. Warto zauważyć, że w dniu 18 listopada 2020 r. nastąpił wybór oferty najkorzystniejszej, a w dniu 23 listopada 2020 r. odwołujący wniósł odwołanie o sygn. akt: KIO 3081/20, które Izba odrzuciła postanowieniem z dnia 1 grudnia 2020 r.

Skład orzekający stwierdził, że zachodzi tożsamość przedmiotowa i podmiotowa w zakresie rozpoznawanego odwołania z dnia 30 listopada 2020 r., o sygn. akt: KIO 3165/20, w stosunku do wcześniej wniesionych środków zaskarżenia. W obecnie trzecim odwołaniu, odwołujący przenosi treść odwołania z pierwszej i drugiej sprawy odwoławczej oraz wnosi o merytoryczną ocenę oferty przystępującego, zgodnie z żądaniami z pierwszego odwołania. Dodatkowo, ponownie podnoszone są okoliczności, o których powzięto wiedzę do 13 listopada 2020 r., kiedy zawity termin na ich zaskarżenie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 p.z.p., skutecznie upłynął 23 listopada 2020 r. – co było powodem wniesienia w dniu 23 listopada 2020 r. odwołania o sygn. akt KIO 3081/20. W odwołaniu tym, na str. 2, odwołujący oświadcza, że informacja o uznaniu oferty Mikroniki za niepodlegającą odrzuceniu i unieważnieniu czynności odrzucenia tej oferty została mu przekazana 13 listopada 2020 r. Okoliczność ta znalazła potwierdzenie w dokumentacji postępowania, przekazanej przez zamawiającego.

Zatem stanowisko odwołującego, jakoby rozpoznawane odwołanie zostało wniesione w terminie, ponieważ informacja o wyborze oferty Mikroniki została mu przekazana 18 listopada 2020 r., jest nieprawidłowe. Skład orzekający stwierdził, iż nie wykazano, aby zachowano zawity dziesięciodniowy termin. Odwołujący jednoznacznie żąda odrzucenia oferty wykonawcy Mikronika, polemizując z czynnościami i zaniechaniami zamawiającego, o których powziął wiedzę do 13 listopada 2020 r. (i które zaskarżył w dniu 23 listopada 2020 r.).

Odwołanie zostało więc wniesione z naruszeniem art. 182 ust. 1 pkt 1 p.z.p. i na tym etapie nie ma możliwości konwalidowania tego terminu, a podniesione zarzuty są spóźnione. W szczególności, iż odwołujący usiłuje dokonać próby obejścia prawa, poprzez wskazywanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, jako czynności będącej podstawą postawienia zamawiającemu zarzutów, kiedy powziął wiedzę o czynnościach i zaniechaniach, z którymi polemizuje w odwołaniu, do 13 listopada 2020 r. W odwołaniu nie wskazano na żadną okoliczność, która wystąpiła po 13 listopada 2020 r., która jest nowa i skutkowałaby postawieniem nowych zarzutów – aczkolwiek termin na wniesienie środka zaskarżenia biegłby wyłącznie dla tej nowej czynności, czy zaniechania, a nie od początku dla wszystkich zarzutów, jakie odwołujący wnosi w kolejnych postępowaniach odwoławczych.

W konsekwencji powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzuty postawione w odwołaniu są zarzutami spóźnionymi. Doszło do spełnienia przesłanek opisanych w dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 p.z.p., odwołanie zostało wniesione po upływie zawitego terminu określonego w ustawie, co obliguje Izbę do odrzucenia środka zaskarżenia. Dodatkowo, przyjęcie przez skład orzekający odwołania do merytorycznego rozpoznania spowodowałoby usankcjonowanie możliwości przywrócenia ustawowego dziesięciodniowego terminu na wniesienie odwołania, co jest nie tylko niedopuszczalne na kanwie p.z.p., ale również byłoby sprzeczne z zasadami naczelnymi zamówień publicznych.

Należy także zauważyć, że powyższe jest całkowicie niezależne od faktu, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem skargowym, a skarga inicjująca postępowanie (odwołanie) może być wniesiona raz i jest ograniczona terminem materialnoprawnym, nieprzywracalnym – po którym uprawnienie do zainicjowania postępowania w określonym zakresie wygasa. W ustawie p.z.p. nie przyjęto zatem modelu wnoszenia odwołań „do skutku", w związku z tym odwołanie – nawet gdyby nie było spóźnione – byłoby niedopuszczalne, albowiem dotyczyłoby materii, w zakresie której z uprawnienia do wniesienia odwołania już skorzystano. Okoliczności ta jednak staje się nieistotna wobec faktu, iż z zasady odwołanie spóźnione jest niedopuszczalne, a utrata uprawnienia do wniesienia środka ochrony prawnej, w wyniku upływu terminu (wygaśnięcia prawa), wyprzedza jego każdą inną wadliwość, co skutkuje brakiem pola do analizy w tym zakresie. Niemniej jednak, na okoliczność tą warto zwrócić uwagę, ponieważ wniesione odwołanie jest kolejnym, które dotyczy tej samej materii.

Jedynie dodatkowo skład orzekający wskazuje, że podziela stanowisko wyrażone w orzeczeniach o sygn. akt: KIO 1299,1305/20, KIO 1487/20 oraz KIO 1462/20, iż wobec utraty statusu zamawiającego przez spółkę Energa-Operator S.A. w Gdańsku odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 p.z.p., ponieważ w sprawie

nie mają zastosowania przepisy ustawy – w tym zakresie skład rozpoznający spór przyjmuje za własną argumentację podniesioną w postanowieniu Izby z dnia 1 grudnia 2020 r. sygn. akt: KIO 3081/20.

Dalej skład rozpoznający spór wskazuje, że nie ma podstaw do przychylenia się do wniosku odwołującego o zwrócenie się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniami prejudycjalnymi, bowiem nie dotyczą one kwestii niezbędnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Mając na uwadze ustalony stan rzeczy i konieczność wydania rozstrzygnięcia formalnego, w sprawie nie zachodzi potrzeba skierowania pytań do TSUE.

Skład orzekający oddalił także wniosek zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa prawnego. Wraz z pismem procesowym przedstawiono niepodpisaną fakturę, która nie zawiera wzmianki, że nie wymaga podpisu. Nadto, merytoryczne uzasadnienie wniosku o odrzucenie odwołania jednostki zamawiającej ogranicza się do podania kilku sygnatur orzeczeń Izby, bez zwrócenia uwagi na faktyczną przyczynę, powodującą, że odwołanie zostało odrzucone. Powyższe, w powiązaniu z faktem, że rozpoznawana sprawa jest tożsama z innymi sprawami, które już zostały rozstrzygnięte (oparte na tym samym stanie faktycznym), prowadzi do wniosku, że nakład pracy wymagany od pełnomocnika nie uzasadnia stwierdzenia w sprawie, że wystąpiły po stronie zamawiającego uzasadnione koszty obrony jego praw, które czyniłyby zasadnym wniosek o zasądzenie ich zwrotu. Podzielić także należy prezentowany w judykaturze pogląd, że nie ma podstaw do przyznania kosztów postępowania stronie, która nie dostrzegła wady prowadzącej do odrzucenia środka zaskarżenia (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 sierpnia 2012 r. sygn. akt: II CSK 112/12).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. pierwsze p.z.p. postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego Izba wydała na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U z 2018 poz. 972), obciążając odwołującego kosztem wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:……
Członkowie: ……
……