

POSTANOWENIE
z dnia 29 września 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 29 września 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2020 roku przez wykonawcę Universal Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, 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 Katowicach.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Zamawiający - Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa nowej pompowni głównego odwadniania na poz. 774 m” dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Centrum”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 lipca 2020 r. pod numerem: 2020/S 135-331516. Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

I. W dniu 26 sierpnia 2020 r. wykonawca Universal Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na następujące czynności i zaniechania zamawiającego:

- opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niemożliwy do wykonania we wskazanym terminie tj. 20 grudnia 2021 r., jeżeli - co przyznaje zamawiający - trzy z pięciu agregatów pompowych zostaną dostarczone w dniu 17 grudnia 2021 r., co prowadzi do fikcji polegającej na rzekomej możliwości wykonania zamówienia w trzy dni, co jest nierealne ze względów technicznych;
- wprowadzenie wymogu wykonania zamówienia w oparciu o wykaz podzespołów i części skonfigurowanych przez

- zamawiającego z równoczesnym żądaniem zastosowania zamienników w dacie składania oferty, co czyni żądanie zamawiającego niemożliwym do wykonania przy zachowaniu zasady uczciwej konkurencji. Zaniechano przy tym określenia właściwości techniczno - użytkowych i jakościowych takich zamienników oraz możliwości zastosowania zamienników o równoważnych właściwościach opisanych w sposób konkretny i weryfikowalny przez zamawiającego;
- zaniechanie zmiany ogłoszenia, pomimo wprowadzenia w dniu 21 lipca 2020 r. oraz 29 lipca 2020 r., istotnych zmian dotyczących przedmiotu zamówienia, obciążających wykonawcę odpowiedzialnością za zwalczanie zagrożenia pożarowego, dotyczącego wydobytego węgla, przy okazji realizacji robót górniczych, a także narzucających mu stosowanie ustalonych przez GIG rygorów dla pokładów tąpniętych, które udostępniono jedynie na stronie należącej do zamawiającego, a nie dokonano ogłoszenia tej zmiany - w Dz.U. UE;
 - opisanie daty końcowej realizacji zamówienia w sposób niemożliwy do wykonania przy zachowaniu zasady uczciwej konkurencji. Określenie daty końcowej, realizacji zamówienia na dzień 20.12.2021 r., która jest równocześnie datą zakończenia realizacji Etapu II, który ma być realizowany od momentu zakończenia realizacji Etapu I, na który zamawiający przeznaczył 12 miesięcy od dnia podpisania umowy. Powoduje to zmniejszenie czasu na realizację Etapu II, na skutek opóźnień w realizacji przetargu, powodujących późniejsze podpisanie umowy. Taka formuła wyznaczenia okresu realizacji Etapu II może zagrozić realizacji całego zamówienia, z czego zamawiający zdaje sobie sprawę, bo dał temu wyraz w swych wyjaśnieniach, a także od 28.04.2020 r. posiada wiedzę, że agregaty pompowe dostarczone zostaną dopiero 17.12.2020 r., co czyni ten termin niemożliwym do osiągnięcia;
 - wskazanie wymogu dostarczenia w terminie 10 dni od podpisania umowy oświadczeń pracowników o zatrudnieniu, co przy wyłączeniu możliwości składania ofert na poszczególne etapy wprowadza wymóg ograniczający uczciwą konkurencję. Oferent nie musi zatrudniać w dacie podpisania umowy pracowników posiadających wymagane kwalifikacje przy wykonywaniu Etapu II;
 - żądanie przez zamawiającego wykazu imiennego pracowników, którzy będą zatrudnieni przez wykonawcę przy realizacji zamówienia, co jest wymogiem trudnym, a wręcz niemożliwym do spełnienia, z przyczyn przedstawionych już powyżej, biorąc pod uwagę, że niektórzy pracownicy, na przykład zatrudnieni do prac Etapu drugiego, nie muszą być w stanie zatrudnienia wykonawcy będącego MŚP, w momencie składania oferty, co stanowi wymóg ograniczający konkurencję;
 - bezpodstawne żądanie przez zamawiającego, w drodze sformułowania w tym zakresie wymogów we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SIWZ, informacji o podwykonawcach, takich np. jak ich wynagrodzenie. Jest to sprzeczne z art. 36a, 36b, 36ba ustawy Pzp i orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej - np. KIO 1082/19, o których zamawiający nie poinformował w ogłoszeniu i w samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu

- 1) dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w sposób możliwy do spełnienia przy uwzględnieniu daty dostarczenia trzech z pięciu agregatów pompowych w dniu 17 grudnia 2021 r., co ze względów technicznych wprowadza fikcję w żądaniu terminu realizacji w ciągu 3 dni tj. do 20 grudnia 2021 r.;
- 2) wycofanie obecnych wymagań odnoszących się do:
 - dostarczenia oświadczeń pracowników o zatrudnieniu na umowę o pracę, w terminie do 10 dni od podpisania umowy, a także wykazu pracowników, którzy będą zatrudnieni przez wykonawcę przy realizacji zamówienia, w tym również dopiero po ponad roku od podpisania umowy, co wymagałoby posiadania przez wykonawcę kompletu pracowników „zbędnych w 10 dniu po podpisaniu umowy”, podczas gdy wystarczyłoby zażądać od wykonawcy stosownych oświadczeń,
 - żądania od wykonawcy, aby zastosowanie zamienników zostało zgłoszone przez wykonawcę w momencie składania oferty, zamiast ograniczenia się do żądania od wykonawcy oświadczenia, że zastosuje zamienniki o parametrach nie gorszych niż wyspecyfikowane przez zamawiającego,
 - bezpodstawnego żądania przez zamawiającego informacji o podwykonawcach, takich np. jak ich wynagrodzenie;

dokonania przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej wniosku o ogłoszenie dodatkowych informacji, o przedmiocie zamówienia, terminie realizacji zamówienia, zdolnościach technicznych i zawodowych, a także o istotnych zmianach odnoszących się do przedmiotu zamówienia, dokonanych bez takowego ogłoszenia;

- 3) przekazanie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej wniosku o ogłoszenie wszelkich informacji, których ogłoszenie pierwotnie nie zawierało, a także o zmianach w zakresie przedmiotu dokonanych przez zamawiającego w trakcie postępowania, bez ich ogłoszenia w Dz.U. UE.

Uzasadniając zachowanie terminu do wniesienia odwołania odwołujący wskazał, iż odwołanie zostało wniesione w terminie do 10 dni, licząc od dnia udostępnienia pisma zamawiającego stanowiącego odpowiedź na pismo wykonawcy z 31 lipca 2020 r. (pismo zamawiającego datowane na 13 sierpnia 2020 r., udostępnione na stronie internetowej zamawiającego w dniu 17 sierpnia 2020 r.).

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 28 września 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania z uwagi na fakt, iż zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Na wypadek uznania przez Izbę, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu, zamawiający sformułował wniosek o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W związku z niewystarczająco precyzyjną treścią odwołania, jak i nieprzekazaniem przez zamawiającego kopii dokumentacji postępowania przed terminem posiedzenia, kwestia zachowania przez odwołującego terminu do wniesienia odwołania była przedmiotem badania przez Izbę w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron. Zamawiający stwierdził, iż termin na wniesienie odwołania winien być liczony od dnia, kiedy miała miejsce publikacja ogłoszenia o zamówienie oraz SIWZ w pierwotnej wersji, zawierającej postanowienia zaskarżone przez odwołującego, a jedynie wobec zaniechania zmiany ogłoszenia, pomimo wprowadzenia w dniu 21 oraz 29 lipca 2020 r. istotnych zmian dotyczących przedmiotu zamówienia termin powinien być liczony odpowiednio od dnia 21 oraz w drugim przypadku 28 lipca 2020 r. (w odwołaniu błędnie podano datę 29 lipca 2020 r.). Z kolei odwołujący wyjaśnił, iż termin na wniesienie odwołania liczył od dnia udzielenia przez zamawiającego odpowiedzi na pytania odwołującego dotyczące zaskarżonych postanowień. Jednocześnie odwołujący potwierdził, iż w odniesieniu do zaskarżonych czynności i zaniechań zamawiający w odpowiedzi na zapytania odwołującego cały czas podtrzymywał swoje stanowisko w sprawie. Odwołujący stwierdził, iż jedyną zmianę wprowadzoną w tym zakresie stanowiły wyjaśnienia udzielone w odpowiedzi na pytanie wykonawcy dotyczące dokonania zmiany sposobu ustalania okresu realizacji etapu II.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż sposób liczenia przez odwołującego terminu na wniesienie odwołania był nieprawidłowy. Zgodnie bowiem z przepisem art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówienie, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Powyższy przepis jest jednoznaczny i nie budzi żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Należy podkreślić, iż postępowanie o udzielenie zamówienia jest procedurą zakupową i powinno być przeprowadzone, z poszanowaniem praw jego uczestników, sprawnie i bez zbędnych opóźnień. Zwracanie się przez wykonawców do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ nie przerywa ani nie zawiesza biegu ww. terminu na wniesienie odwołania. Po pierwsze, żaden przepis ustawy Pzp nie przewiduje takiej możliwości. Po drugie, dopuszczenie takie rozwiązania mogłoby w praktyce skutkować znaczącym wydłużeniem się postępowań o udzielenie zamówienia w związku z odraczaniem terminu składania ofert.

Jak wynika z dokumentacji postępowania oraz informacji zawartych na stronie internetowej zamawiającego publikacja ogłoszenia o zamówienia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej nastąpiła w dniu 15 lipca 2020 r. i od tego dnia należało liczyć 10-dniowy termin na wniesienie

odwołania. Termin ten upłynął zatem w dniu 27 lipca 2020 r. (w związku z tym, iż dzień 25 lipca 2020 r. wypadł w sobotę). Jeżeli odwołujący wnosi odwołanie od zmodyfikowanych postanowień SIWZ lub ogłoszenia winien to wyraźnie wskazać w treści odwołania umożliwiając Izbie dokonanie oceny spełniania formalnoprawnych przesłanek wniesienia odwołania. W tym zakresie odwołujący, choć dopiero w toku posiedzenia przed Izbą, wskazywał na modyfikację terminu realizacji Etapu II, dokonaną w ramach stanowiska zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2020 r. (publikacja w dniu 17 sierpnia 2020 r.). Twierdzenie odwołującego nie znajduje jednak potwierdzenia w treści pisma zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2020 r., w którym zamawiający w sposób jednoznaczny stwierdził, iż w tym zakresie podtrzymuje zapisy SIWZ, a jedynie dodatkowo wskazał na przewidziane już uprzednio w projekcie umowy postanowienie dopuszczające możliwość dokonania zmiany umowy w zakresie terminu jej realizacji (§ 19 ust. 1 pkt 2 lit. b) projektu umowy). Jedynie w odniesieniu do zaskarżonego zaniechania zmiany ogłoszenia, pomimo wprowadzenia w dniu 21 lipca 2020 r. oraz 29 lipca 2020 r. (powinno być 28 lipca 2020 r.) istotnych zmian dotyczących przedmiotu zamówienia, termin na wniesienie odwołania winien być liczony odpowiednio od 21 oraz 28 lipca 2020 r. - gdyż dopiero od tych dat mogło mieć miejsce ewentualne zaniechanie dokonania odpowiedniej zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Także w tym wypadku zadawanie przez odwołującego pytań do zamawiającego nie mogło przerwać ani zawiesić biegu terminu do wniesienia odwołania. W powyższych przypadkach termin ten zakończył swój bieg odpowiednio 31 lipca oraz 7 sierpnia 2020 r.

Odwołanie zostało wniesione w dniu 26 sierpnia 2020 r., co oznacza, iż zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp. Stanowi to podstawę odrzucenia odwołania wskazaną przez ustawodawcę w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy podkreślić, że w przypadku stwierdzenia zaistnienia podstawy do odrzucenia odwołania Krajowa Izba Odwoławcza nie jest uprawniona do jego rozpoznania, lecz obowiązana jest do wydania postanowienia o jego odrzuceniu.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 § 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. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: