Sygn. akt: KIO 2761/15

POSTANOWIENIE
z dnia 4 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnikiem postępowania odwoławczego w dniu 4 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2015 r. przez **WIELAND INDUSTRY Sp. z o.o., ul. Pawliczka 25; 41-800 Zabrze,** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5; 97-400 Bełchatów,**

przy udziale wykonawcy **Tessa Sp. z o.o. Sp. k., ul. Pasternik 94A; 31-354 Kraków,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **WIELAND INDUSTRY Sp. z o.o., ul. Pawliczka 25; 41-800 Zabrze** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych), uiszczoną przez **WIELAND INDUSTRY Sp. z o.o., ul. Pawliczka 25; 41-800 Zabrze,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do treści art. 198a i art. 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., Nr 907 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 **Piotrkowie Trybunalskim.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2761/15

Uzasadnienie

Zamawiający sektorowy - PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5; 97-400 Bełchatów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Wymiana i rozbudowa układu centralnego odkurzania na blokach 1-6”.*

Na podstawie akt sprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 21 grudnia 2015 r. do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, wniesione przez WIELAND INDUSTRY Sp. z o.o., ul. Pawliczka 25; 41-800 Zabrze (dalej: *odwołujący).*

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 i 3 w z w. z 24 ust. 2 pkt 4 i ewentualnie art. 24 ust. 2 pkt 3 przez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców, polegające na wyborze oferty pomimo braku należytego wykazania przez Tessa spełniania wymogów dla ubiegania się o udzielenie zamówienia, co stanowi obejście zapisów s.i.w.z. o warunku udziału w postępowaniu i jednocześnie potwierdza wadliwość postępowania co do zasady, dodatkowo na okoliczność ewentualnego złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
2) art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 polegające na przeprowadzeniu postępowania w sposób

niezapewniający zachowania jawności poprzez nieuprawnione ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem i uznanie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 26 czerwca 2003 r. Dz.U. Nr 153, poz. 1503) części wyjaśnień przedłożonych przez Tessa, względnie poprzez brak weryfikacji podstaw zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

3) art. 26 ust. 4 poprzez brak ewentualnego wezwania Tessa do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
4) art. 87 ust. 1 poprzez brak ewentualnego wezwania Tessa do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty w zakresie jej zgodności z s.i.w.z.;

5) $_{art.}$ 24 ust. 2 pkt 4 (oraz ewentualnie art. 24 ust. 2 pkt 3) poprzez niewykluczenie z postępowania Tessa;
6) art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 (oraz ewentualnie art. 24 ust. 2 pkt 3) i art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Tessa, jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, pomimo nie wykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
7) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 1 poprzez nieodrzucenie oferty Tessa, mimo że złożona przez tę spółkę oferta najprawdopodobniej nie odpowiada treści s.i.w.z. i została złożona przez podmiot, który winien być wykluczony z postępowania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Tessa;
2) odtajnienie dokumentów, które nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ewentualnie w przypadku zawierania przez dany dokument tajemnicy przedsiębiorstwa danego wykonawcy odtajnienie tego dokumentu w taki sposób, aby możliwe było zweryfikowanie tego dokumentu bez jednoczesnego ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w takim dokumencie, np. z jednoczesnym zacieniowaniem miejsc, w których zawarta jest tajemnica przedsiębiorstwa danego wykonawcy;
3) dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
4) wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy Tessa;
5) odrzucenie oferty złożonej przez Tessa;
6) wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej;
7) w przypadku, gdyby pozostali wykonawcy wnieśli odwołanie w związku z wykluczeniem ich z postępowania, nakazanie ww. czynności odpowiednio w stosunku do pozostałych wykonawców;

a także ewentualnie o nakazanie zamawiającemu dodatkowo:

8) wezwanie Tessa do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Wpis od odwołania został wniesiony w wysokości 15 000,00 zł.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca Tessa Sp. z o.o. Sp. k., ul. Pasternik 94A; 31-354 Kraków.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, odwołanie w zakresie powołanych zarzutów zostało wniesiono po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 i art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp i tym samym, stosownie do dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych podlega odrzuceniu, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Ustawodawca w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nakazał odrzucenie odwołania jeżeli odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie natomiast z przepisem 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 - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Przepis art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Przepis art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że tylko wykonawcy których oferty nie podlegają odrzuceniu mogą uczestniczyć w aukcji elektronicznej, tak więc zaproszenie wykonawców do udziału w aukcji musi być poprzedzone oceną spełniania warunków podmiotowych przez każdego z wykonawców jak i oceną każdej oferty, także co do przedmiotu zamówienia, celem ustalenia czy wykonawca nie podlega wykluczeniu czy też jego oferta nie podlega odrzuceniu.

W dniu 27 października 2015 roku odwołujący otrzymał od zamawiającego zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej i informację od zamawiającego o jej terminie. Należy zatem uznać, że już w tym dniu odwołujący powziął wiedzę, że zamawiający zakwalifikował do dalszego etapu postępowania co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Odwołujący, zobowiązany do zachowania szczególnej staranności ze względu na zawodowy charakter prowadzonej przez niego działalności, należytej staranności nie dochował pomijając celowość uzyskania informacji, pomimo możliwości dostępu do protokołu z postępowania, z którego dowiedziałby się czy któryś z wykonawców został wykluczony lub czy oferta któregoś z wykonawców podlegała odrzuceniu, w tym informacji o braku odrzucenia oferty wykonawcy Tessa sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Krakowie.

Pomijając również możliwość wglądu odwołującego do protokołu z postępowania, z którego mógł pozyskać pełną informację o efektach weryfikacji warunków udziału w postępowaniu i oceny ofert dokonanej przez zamawiającego, odwołujący informację o wykonawcach zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej mógł odczytać już z samego zaproszenia do aukcji. W zaproszeniu tym, zamawiający podał kwotę wywoławczą w wysokości 2.760.000 zł, tzn. cenę z najkorzystniejszej oferty niepodlegającej odrzuceniu w postępowaniu, tj. oferty Tessa sp. z o.o. sp. k., co jednoznacznie potwierdzało pozytywną weryfikację tego wykonawcy i złożonej przez niego oferty.

Tym samym, ustawowy termin na wniesienie odwołania w odniesieniu do czynności nieprawidłowego badania i oceny ofert, niewykluczenia z postępowania Tessa, nieodrzucenia oferty Tessa, braku wezwania Tessa - mając na uwadze datę zawiadomienia o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej - upłynął z dniem 6 listopada 2015 roku.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostaje informacja przedstawiona przez odwołującego, że w dniu 6 listopada 2015 roku zamawiający unieważnił zaproszenie do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej, gdyż pozostaje ona bez wpływu na możliwość podjęcia określonych czynności przez odwołującego.

Odnośnie czynności nieodtajnienia oferty, przy obliczaniu terminu na wniesienie odwołania związanego z zaniechaniem takiej czynności, należy przyjąć za początek biegu terminu na wniesienie odwołania najwcześniejszy możliwy termin, w jakim zamawiający zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach mógł zweryfikować, a wykonawcy mogli się o jego ustaleniach w tym przedmiocie oraz woli dalszego postępowania z ofertą w tym zakresie dowiedzieć.

Zamawiający, po dokonanej ocenie zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofercie Tessa, w dniu 2 października 2015 r. przesłał drogą elektroniczną odwołującemu odtajnione dokumenty zawarte na stronach 11-12 oferty tj. referencję wraz z uzupełnieniem. Termin na wniesienie odwołania w zakresie czynności nieuprawnionego ograniczenia dostępu do informacji i związanego z tym zarzutu dot. nieodtajnienia części oferty należy liczyć od dnia przekazania odwołującemu części oferty, a w ostateczności od momentu przekazania odwołującemu informacji uzupełniającej,

przesyłającej odtajnione części oferty, tj. od dnia 2 października 2015 r. Z tym momentem odwołujący powziął wiadomość o przeprowadzonej przez zamawiającego analizie prawidłowości zastrzeżenia części oferty przez wykonawcę, jako tajemnicy przedsiębiorstwa i zakończonej w dniu 2 października 2015 r. odtajnieniem niektórych jej elementów.

Terminy wyznaczone ustawą na wnoszenie środków ochrony prawnej wobec czynności lub zaniechań zamawiającego mają charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku. Upływ terminu skutkuje utratą prawa do podnoszenia zarzutów.

W powyższym zakresie wypowiedział się Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 28 lutego 2013 roku, sygn. akt III CZP 107/12, w którym Sąd odpowiadając w zakresie zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 6 grudnia 2012 r. *„1. Czy w sytuacji, gdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego poweźmie wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania przed przesłaniem przez zamawiającego informacji o kwestionowanej czynności, bieg terminu do wniesienia odwołania liczy się według zasad określonych w art. 182 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177)?”* podjął uchwałę, że *„W sytuacji gdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego poweźmie wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania przed dniem przesłania mu przez zamawiającego informacji o kwestionowanej czynności, bieg terminu do wniesienia odwołania liczy się według zasad określonych w art. 182 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).”.*

Ponadto SN wskazał, że *„Termin do złożenia odwołania określony w art. 182 ust. 3 p.z.p. rozpocznie zatem swój bieg w dniu, w którym wykonawca uzyskał lub przy zachowaniu należytej staranności mógł uzyskać wiedzę o podjętych przez zamawiającego zaskarżalnych czynnościach, co do których (uprzednio) zamawiający nie przesłał informacji (art. 182 ust. 1 p.z.p.). Bez znaczenia jest przy tym to, czy czynności, o których uzyskał informację wykonawca należą do kategorii czynności objętych obowiązkiem informacyjnym czy też nie. Artykuł 182 ust. 3 p.z.p. ma zastosowanie wobec braku aktywności informacyjnej zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do wszystkich czynności zaskarżalnych podjętych w toku postępowania przetargowego.”.*

Biorąc powyższe pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15 000,00 zł.

Przewodniczący: ……