

POSTANOWIENIE

z dnia 24 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Daniel Koniecz Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu **24 kwietnia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 kwietnia 2017 r.** przez **wykonawcę INSTAL KRAKÓW S.A z siedzibą w Krakowie, ul. K. Brandla 1, 30-732 Kraków**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie, ul. Energetyków 15, 43-603 Jaworzno**

przy udziale:

wykonawcy OMIS S.A z siedzibą w Ostrołęce, ul. Kołobrzeska 8, 07-401 Ostrołęka
postanawia:

1) odrzuca odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża **wykonawcę INSTAL KRAKÓW S.A z siedzibą w Krakowie, ul. K. Brandla 1, 30-732 Kraków i:**

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę INSTAL KRAKÓW S.A z siedzibą w Krakowie, ul. K. Brandla 1, 30-732 Kraków** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od **wykonawcy INSTAL KRAKÓW S.A z siedzibą w Krakowie, ul.**

K. Brandla 1, 30-732 Kraków na rzecz **zamawiającego Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie, ul. Energetyków 15, 43- 603 Jaworzno** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **270 zł 00 gr 00** (słownie: dwieście siedemdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty związane z dojazdem pełnomocnika zamawiającego na wyznaczone posiedzenie Izby.

Stosownie do **art. 198a i 198b ustawy** z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2015 r. poz. 2164**) na postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:.....
.....
.....

Uzasadnienie

Podmiot Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie, ul. Energetyków 15, 43-603 Jaworzno złożył 23.04.2017 r. – wraz z odpowiedzią na odwołanie – informację o przekształceniach, w których wyniku stał się zamawiającym w rozpoznawanym postępowaniu w miejsce dotychczasowego zamawiającego Tauron Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Jaworznie, ul. Promienna 51, 43-603 Jaworzno. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem pod nazwą »Zaprojektowanie oraz kompleksowe wykonanie, uruchomienie, przeprowadzenie ruchu próbnego oraz przekazanie do eksploatacji estakad rurociągów, sieci ciepłej i parowej, sieci kablowej oraz magazynu wodoru w ramach projektu Budowa nowych mocy w technologiach węglowych w TAURON Wytwarzanie SA – budowa bloku energetycznego o mocy 910 MW na parametry nadkrytyczne w TAURON Wytwarzanie SA Oddział Elektrownia Jaworzno H1 w Jaworznie« (nr referencyjny zamówienia: 2016/TW-E01/TW-E01/00323/L).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17.03.2016 r. pod nrem 2016/S 054-090909.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

– Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Wartość przedmiotu zamówienia, co nie jest sporne, przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca INSTAL KRAKÓW S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. K. Brandla 1, 30-732 Kraków, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 07.04.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie na niezgodne z prawem czynności zamawiającego polegające na:

- 1)wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy OMIS S.A. (dalej wykonawca OMIS), pomimo że oferta złożona przez wykonawcę OMIS powinna zostać odrzucona z uwagi na to, że:
- a)treść oferty jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ),
 - b)oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny;

2)nieuzasadnionym dokonaniu poprawy oferty wykonawcy OMIS w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;

3)zaniechaniu dokonania czynności określonych w art. 90 ust. 1 Pzp;

4)niezgodnymi z prawem zaniechaniami zamawiającego polegającymi na odmowie udostępnienia pełnej oferty wykonawcy OMIS, mimo że wykonawca OMIS nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

A)art. 8 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 96 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. naruszenie zasady jawności postępowania przez nieudostępnienie całej oferty wykonawcy OMIS, pomimo że wykonawca OMIS nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

B)art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy OMIS i jej nie odrzucenie, chociaż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, jak również z uwagi na fakt, że oferta wykonawcy OMIS zawiera błędy w obliczeniu ceny;

C)art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wdrożenia procedury wyjaśniania „rażąco niskiej ceny”, pomimo że cena oferty złożona przez wykonawcę OMIS jest o 36,08% niższa od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu;

D)art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp przez nieodrzucone oferty wykonawcy OMIS, chociaż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz przez nieuprawnioną poprawę oferty wykonawcy OMIS, a to błędów w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy, które Zamawiający błędnie zakwalifikował jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z treścią SIWZ, czym dopuścił się niedopuszczalnych negocjacji treści oferty wykonawcy OMIS, na co wykonawca OMIS wyraził zgodę, doprowadzając tym samym do zmiany treści złożonej przez siebie oferty;

E)art. 7 Pzp przez wybór oferty wykonawcy OMIS, pomimo faktu, że oferta wykonawcy OMIS powinna zostać odrzucona, przez co Zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniosł o:

- 1)uwzględnienie odwołania w całości;
- 2)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3)nakazanie udostępnienia Odwołującemu kompletnej oferty wykonawcy OMIS;
- 4)powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
 - 5)przeprowadzenie zaniechanej w stosunku do wykonawcy OMIS czynności wyjaśnienia rażąco niskiej ceny;
 - 6)odrzucone oferty wykonawcy OMIS;
 - 7)dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 07.04.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4

Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 07.04.2017

r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

10.04.2017 r. wykonawca OMIS S.A. z siedzibą w Ostrołęce, ul. Kołobrzeska 8, 07-401 Ostrołęka złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniosł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 21.04.2017

r.(art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniosł o oddalenie odwołania, gdyż:

- a)odnośnie zarzutów B, C, D i E – zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i obecnie jest na etapie ponownego badania i oceny ofert;
- b)odnośnie zarzutów A i E – braku udostępnienia całej oferty wykonawcy OMIS, bo zarzuty te są wniesione po upływie terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Odwołujący po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie na posiedzeniu, przed otwarciem rozprawy, cofnął

zarzuty B, C i D oraz podtrzymał zarzuty A i E o brzmieniu:

» Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

A) art. 8 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 96 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. naruszenie zasady jawności postępowania przez nieudostępnienie całej oferty wykonawcy OMIS, pomimo że wykonawca OMIS nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa; [...];

E) art. 7 Pzp przez wybór oferty wykonawcy OMIS, pomimo faktu, że oferta wykonawcy OMIS powinna zostać odrzucona, przez co Zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców«.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i stwierdziła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie zostało wniesione 7.04.2017 r. i dotyczyło – w zakresie podtrzymanych zarzutów A i E – braku udostępnienia całej oferty wykonawcy OMIS, pomimo że wykonawca OMIS nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z bezspornym stanowiskiem odwołującego w postępowaniu wystąpiła następująca chronologia zdarzeń, cytując z protokołu:

» 15.02.2017 r. odbyło się złożenie i otwarcie ofert.

17.02.2017 r. odwołujący wystąpił o udostępnienie ofert na co nie otrzymał odpowiedzi. 28.02.2017 r. odwołujący ponowił wniosek o udostępnienie przynajmniej części jawnej ofert.

1.03.2017 r. [3.03.2017 r.] zamawiający udostępnił części jawne ofert na płycie CD. 24.03.2017 r. odwołujący wystąpił z pytaniem o zakończenie badania skuteczności zastrzeżeń.

28.03.2017 r. zamawiający odpowiedział, że badanie skuteczności zastrzeżenia zostało dokonane niezwłocznie po złożeniu ofert, czyli przed udostępnieniem części jawnej ofert«.

Izba stwierdza, że zamawiający przed ujawnieniem pełnych treści ofert innym podmiotom powinien zbadać czy w indywidualnych przypadkach i w konkretnych zakresach zostały skutecznie zastrzeżone przez poszczególnych wykonawców wskazane elementy ofert. Wtedy zamawiający nie może ujawnić zastrzeżonych informacji, zgodnie z art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp, który to przepis brzmi: »Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa«.

Izba stwierdza, że zamawiający przekazując 3.03.2017 r. (termin fizycznego dostarczenia wykonawcom płyty CD, co doprecyzował przystępujący) płytę CD z nagranyimi fragmentami ofert jednoznacznie wskazał, że traktuje ujawnione części ofert jako niezastrzeżone. Z tego, że obecny odwołujący wnosil 28.02.2017 r. o cyt. »udostępnienie przynajmniej części jawnej ofert«, wynika, że odwołujący ograniczył swoje żądanie do części jawnej ofert. A następnie odwołujący pozostawał bezczynny aż do 24.03.2017 r., kiedy ponownie wyraził zainteresowanie całą treścią oferty. Nie oznacza to jednak, że od tej daty ponownie otworzył się termin na zaskarżenie nieudostępnienia zastrzeżonych części ofert.

W związku z tym od 3.03.2017 r. zaczął biec dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania, zgodnie z art. 182 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »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«. W związku z powyższym Izba uznaje, że termin na wniesienie odwołania w kwestii braku ujawnienia pełnego tekstu ofert upłynął 13.03.2017 r., natomiast odwołujący wniósł odwołanie 7.04.2017 r., a więc zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba odrzuca to odwołanie. Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp brzmi »Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że [...] odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie«.

O kosztach postępowania odwoławczego rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 2 lit. a i b 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 oraz z 2017 r., poz. 47). Jednocześnie Izba stwierdza, że przepisy nie przewidują możliwości zaliczenia do kosztów postępowania kosztów poniesionych przez uczestników postępowania zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego, dlatego Izba nie może uwzględnić wniosku przystępującego o zaliczenia do kosztów postępowania kosztów pełnomocnictwa i dojazdu na posiedzenie.

Przewodniczący.....

.....
.....