

Sygn. akt KIO 2769/11

**POSTANOWIENIE
z dnia 5 stycznia 2012 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Przemysław Dzierzędzki
Dagmara Gałczewska - Romek**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 5 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alstom Power spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Alstom Boiler Deutschland GmbH w Mannheim (Niemcy), PBG Spółkę Akcyjną w Wysogotowie od czynności zamawiającego Elektrowni „Kozienice” Spółki Akcyjnej w Świerżach Górnych

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: China Overseas Engineering Group Co. Ltd. w Pekinie (Chińska Republika Ludowa), China National Electric Engineering Co. Ltd. w Pekinie (Chińska Republika Ludowa)

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alstom Power spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Alstom Boiler Deutschland GmbH w Mannheim (Niemcy), PBG Spółkę Akcyjną w Wysogotowie i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alstom Power spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w

Warszawie, Alstom Boiler Deutschland GmbH w Mannheim (Niemcy), PBG Spółkę Akcyjną w Wysogotowie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 Radomiu.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 2769/11

Uzasadnienie

Zamawiający - Elektrownia „Kozienice” Spółka Akcyjna w Świerżach Górnych – prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2011r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) dalej jako „ustawa” lub „Pzp” - postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne opalanego węglem kamiennym o mocy elektrycznej netto: minimum 900 MWe, maximum 100 MWe w Elektrowni Kozienice S.A., wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwoty wskazane w art. 11 ust. 8 Pzp.

7 grudnia 2011 zamawiający przesłał wykonawcom spełniającym warunki udziału w postępowaniu zaproszenie do składania ofert.

23 grudnia 2011r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alstom Power spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Alstom Boiler Deutschland GmbH w Mannheim, PBG Spółka Akcyjna w Wysogotowie wnieśli odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia China Overseas Engineering Group Co. Ltd. w Pekinie, China National Electric Engineering Co. Ltd. w Pekinie, dalej jako „Konsorcjum Covec”, mimo posiadania wiedzy o złożeniu przez wykonawców nieprawdziwych informacji w toku postępowania. Nadto odwołujący podniósł zarzut podjęcia czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania. Wskazując na naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ust. 3 Pzp wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia Konsorcjum Covec do składania ofert, wykluczenia Konsorcjum Covec z powodu złożenia nieprawdziwych informacji oraz dokonanie ponownego zaproszenia wykonawców do składania ofert.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że skoro o fakcie zaproszenia Konsorcjum Covec do składania ofert dowiedział się 13 grudnia 2012 r. zapoznając się z protokołem postępowania, to termin na wniesienie odwołania ustalony w art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp został zachowany.

Podniósł również, że mimo, że pismem z 10 sierpnia 2011r. poinformował zamawiającego o okolicznościach skutkujących wykluczeniem Konsorcjum Covec, zamawiający zaprosił Konsorcjum

Covec do składania ofert. W ślad za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 26 stycznia 2011r. KIO 93/11, wywiódł, że obowiązek wykluczenia wykonawcy z powodu zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ciąży na zamawiającym niezależnie od etapu postępowania.

Konsorcjum Covec zachowując wymagania ustalone w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 2 pkt 3 Pzp, wskazując na konieczność liczenia terminu na wniesienie odwołania od przesłania informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, alternatywnie wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 6 marca 2010 r. pod numerem 2010/S 46-068322.

W pkt VI.3.)10 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający ustalił, że do składania ofert wstępnych zaprosi wykonawców spełniających wszystkie wymogi – wymagania dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ocena spełniania wymogów zostanie dokonana metodą „spełnia/nie spełnia”.

Odwołujący pismem z 10 sierpnia 2011r. wskazał na złożenie przez Konsorcjum Covec nieprawdziwych informacji w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując takie same uzasadnienie faktyczne (powoływane inwestycje) i prawne, jak w treści odwołania.

Zamawiający 20 sierpnia 2011r. przekazał wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W informacji otrzymanej przez odwołującego za pośrednictwem faksu 20 sierpnia 2011 r. znajduje się informacja, że Konsorcjum Covec spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Izba wyraża pogląd, że odwołanie winno być wniesione w terminie ustalonym od dnia przesłania przez zamawiającego informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu stosownie do art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp. Jednak odwołanie zostało wniesione z

uchybieciem terminu nawet przy uznaniu stanowiska odwołującego, że nie został poinformowany o zaproszeniu Konsorcjum Covec do złożenia oferty, zatem w sprawie znajduje zastosowanie art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp. Stosownie do przywołanego przepisu, odwołanie wobec czynności, innych wskazane ust. 1 i 2, w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Izba uznała jednak, że dniem w którym odwołujący powziął wiadomość o podstawach wniesienia odwołania jest dzień otrzymania przez odwołującego informacji o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Skoro, zgodnie z pkt. VI.3)10 ogłoszenia o zamówieniu, spełnianie warunków udziału w postępowaniu skutkuje uzyskaniem zaproszenia do złożenia oferty wstępnej, która - o ile nie podlega odrzuceniu - stanowi podstawę do negocjacji i zaproszenia do złożenia oferty, (stosownie do art. 58 ust. 1 oraz art. 60 ust. 1 Pzp), odwołujący już z samej informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu winien powziąć wiedzę, że Konsorcjum Covec zostanie zaproszone do złożenia oferty. A skoro odwołujący przed przesłaniem przez zamawiającego informacji o wynikach oceny spełniania warunków w dniu 20 sierpnia 2011r., informował zamawiającego o podstawach wykluczenia Konsorcjum Covec, to powzięcie przez odwołującego informacji, że zamawiający uznał, iż Konsorcjum Covec spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, oznacza, że Konsorcjum Covec może uzyskać zaproszenie do złożenia oferty.

W takich okolicznościach odwołujący działając z należytą starannością winien wnieść odwołanie w terminie 10 dni od dnia otrzymania informacji o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, czyli do dnia 30 sierpnia 2011r. Podstawę do jego wniesienia stanowi bowiem powzięcie informacji, że zamawiający nie uwzględnił okoliczności podnoszonych w piśmie z 10 sierpnia 2011.

Odwołujący zaniechał dokonania tej czynności. W ocenie Izby, wskazywanie na datę powzięcia wiedzy o zaproszeniu Konsorcjum Covec do złożenia oferty zmierza w istocie do przywrócenia terminu na wniesienie odwołania, któremu odwołujący uchybił.

Należy zważyć, że już zmiana ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 7 kwietnia 2006 r. (Dz. U. z 2006 r., Nr 79, poz. 551) wprowadziła zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, polegającą m.in. na konieczności zgłaszania, przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, zarzutów dotyczących naruszających przepisy ustawy

czynności zamawiającego lub zaniechań przez zamawiającego czynności, do których dokonania jest zobowiązany, w ściśle określonych terminach, pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania. Zasada ta pozostaje aktualna również na gruncie obowiązujących przepisów ustawy.

Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 26 listopada 2007 r. (sygn. akt V Ca 2056/07 niepubl.), wywiódł, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek działania z należytą starannością – zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym.

Bezsprzecznie okoliczności stanowiące osnovę faktyczną zarzutów odwołania były odwołującemu znane już na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Z uwagi na formalizm postępowania o udzielenie oraz profesjonalny charakter prowadzonej przez siebie działalności, odwołujący dokładając należytej staranności winien wnieść odwołanie na wcześniejszym etapie postępowania. W wyroku 8 marca 2006 r. Sąd Apelacyjny w Poznaniu (sygn. akt: I ACa 1018/05), uwzględniając pogląd zawarty w wyroku Sądu Najwyższego z 17 sierpnia 1993 r. (sygn. akt III CRN 77/93) wywiódł, iż *„Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności”*.

Zasady wnoszenia środków ochrony prawnej są wysoce sformalizowane, a przesłanki odrzucenia odwołania są przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Terminy przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych na wnoszenie środków ochrony prawnej mają charakter prekluzyjny (zawity) i nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku, co ma zapewnić sprawny przebieg postępowania o udzielenie zamówienia. Upływ terminu powoduje utratę prawa.

Orzeczenie Izby z 26 stycznia 2011r. KIO 93/11 jest nieadekwatne od okoliczności sporu i tezy głoszonej przez odwołującego. Zostało bowiem wydane w sprawie odwołania wobec czynności zaproszenia od złożenia oferty wstępnej i zaniechania wykluczenia z postępowania z zachowaniem terminu ma kwestionowanie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, okoliczność podania nieprawdziwych informacji pojawiła się w toku badania i oceny wniosku i została przez zamawiającego prawidłowo zweryfikowana.

W przypadku stwierdzenia, że protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie, Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp odrzuciła odwołanie, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie Pzp.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:

.....

.....