

POSTANOWIENIE

z dnia 14 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 14 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2017r. **przez odwołującego** Konsorcjum w składzie:

1. Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego sp. z o.o., ul. Łędzińska 8, 43-143 Łędziny;
2. Ośrodek Pomiarów i Automatyki Przemysłu Węglowego S.A. ul. Hagera 14a, 41-800 Zabrze;
3. Rudpol-OPA sp. z o.o. , ul. Szyb Walenty 50, 41-701 Ruda Śląska;
4. OPA - ROW sp. z o.o. , ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik;
5. MIFAMA OPA CARBO sp. z o.o. , ul. Żwirki i Wigury 4, 43-190 Mikołów

w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Polska Grupa Górnicza ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice

przy udziale wykonawcy: OPA BYTOM sp. z o.o. ul. Strzelców Bytomskich 87 B, 41-914 Bytom zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

postanawia:

1. odrzucić odwołanie
2. kosztami postępowania obciążyć Konsorcjum: 1. Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego sp. z o.o., ul. Łędzińska 8, 43-143 Łędziny; 2. Ośrodek Pomiarów i Automatyki Przemysłu Węglowego S.A. ul. Hagera 14a, 41-800 Zabrze; 3. Rudpol-OPA sp. z o.o. , ul. Szyb Walenty 50, 41-701 Ruda Śląska; 4. OPA - ROW sp. z o.o. , ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik;
5. MIFAMA OPA CARBO sp. z o.o. , ul. Żwirki i Wigury 4, 43-190 Mikołów

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum: 1. Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego sp. z o.o., ul. Łędzińska 8, 43-143 Łędziny; 2. Ośrodek Pomiarów i Automatyki Przemysłu Węglowego S.A. ul. Hagera 14a, 41-800 Zabrze; 3. Rudpol-OPA sp. z o.o., ul. Szyb Walenty 50, 41-701 Ruda Śląska; 4. OPA - ROW sp. z o.o., ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik; 5. MIFAMA OPA CARBO sp. z o.o., ul. Żwirki i Wigury 4, 43-190 Mikołów tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Konsorcjum: 1. Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego sp. z o.o., ul. Łędzińska 8, 43-143 Łędziny; 2. Ośrodek Pomiarów i Automatyki Przemysłu Węglowego S.A. ul. Hagera 14a, 41-800 Zabrze; 3. Rudpol-OPA sp. z o.o., ul. Szyb Walenty 50, 41-701 Ruda Śląska; 4. OPA - ROW sp. z o.o., ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik; 5. MIFAMA OPA CARBO sp. z o.o., ul. Żwirki i Wigury 4, 43-190 Mikołów kwotę 3.600 **zł. 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) na rzecz Polska Grupa Górnicza ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych ((t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. 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

Odwołujący tym odwołaniem zaskarżył czynność zamawiającego dokonania wyboru oferty przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego (przystępującego) w zakresie zadań 2, 4 i 5 zamówienia.

Według odwołującego wskutek zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty przystępującego i wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej naruszone zostały następujące przepisy ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 z uwagi na to, że oferta wybrana nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia a mianowicie oferta ta nie spełnia wymogów określonych w części VII. pkt. 3 SIWZ, VIII. 3.3 SIWZ, w Tabeli nr 1 z Załącznika nr 1 do SIWZ, Załącznika nr 4 do SIWZ,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 3 w związku z art. 15 lub art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na to, że wybór oferty przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu odwołującym dostępu do rynku oraz naruszeniu dobrych obyczajów poprzez złożenie oferty pomimo, iż w chwili składania oferty wykonawca wybrany nie dysponował zespołem rzeczoznawców według wymagań zamawiającego,
3. art. 89 ust. 1 pkt. 1 z uwagi na to, że oferta przystępującego zawiera oświadczenie niezgodne z prawdą co do ilości rzeczoznawców, którymi dysponował ten wykonawca w chwili składania oferty, a przez to jest sprzeczna z ustawą.

W oparciu o powyższe zarzuty wniesiono o to aby Izba:

1. nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na ocenie i wyborze oferty wykonawcy wybranego w zakresie zadań 2, 4 i 5 , tj. czynności o której mowa w piśmie Zamawiającego z dnia 16.02.2017r., znak: 72/D/DE/EZP/MZ/221/17 w pkt. II.2,
2. nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy wybranego,
3. nakazała Zamawiającemu unieważnienie postępowania w zakresie zadań 2, 4 i 5.

Ponadto wniesiono o przyznanie Odwołującemu od Zamawiającego, a w razie przystąpienia do Postępowania również wykonawcy wybranego zwrotu kosztów postępowania z tytułu wniesienia niniejszego odwołania zgodnie z przepisami ustawy.

Pismem z dnia 10 marca 2017 roku przystępujący/wykonawca wybrany udzielił odpowiedzi na odwołanie i wniósł o:

- 1) odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust 2 pkt 2) w zw. z art. 179 ust 1 ustawy, a to z uwagi na to, że zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony,

2) w razie uznania przez Izbę, iż odwołujący był uprawniony do wniesienia odwołania o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust 2 pkt 3) ustawy, a to z tego względu, że zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Przystępujący przedstawił następującą argumentację co do podstaw odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust 2 pkt 2) w zw. z art. 179 ust 1 ustawy

1. Zgodnie z art. 179 ust 1 ustawy „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”. Zgodnie z poglądami doktryny przepis ten przewiduje w części przesłanki formalne wniesienia odwołania, a w części przesłanki materialne. Niespełnienie tych pierwszych powinno prowadzić do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust 2 pkt 2) Ustawy, a drugich do jego oddalenia.

2. W niniejszej sprawie stanąć należy na stanowisku, iż odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, albowiem w obecnym stanie postępowania odwołujący/Konsorcjum nie ma takiego statusu, który uprawniałby go do korzystania ze środków ochrony prawnej i kwestionowania działań Zamawiającego podejmowanych w tym postępowaniu.

Uzasadniając żądanie odrzucenia odwołania wykonawca wybrany przedstawił następującą argumentację.

Co do podstaw odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust 2 pkt 2) w zw. z art. 179 ust 1 ustawy

1. Zgodnie z art. 179 ust 1 Ustawy „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”. Zgodnie z poglądami doktryny przepis ten przewiduje w części przesłanki formalne wniesienia odwołania, a w części przesłanki materialne. Niespełnienie tych pierwszych powinno prowadzić do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust 2 pkt 2) Ustawy, a drugich do jego oddalenia.

2. W niniejszej sprawie stanąć należy na stanowisku, iż odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, albowiem w obecnym stanie postępowania Konsorcjum nie ma takiego statusu, który uprawniałby go do korzystania ze środków ochrony prawnej i kwestionowania działań Zamawiającego podejmowanych w tym postępowaniu. Wskazać trzeba, iż na skutek odwołania złożonego przez OPA Bytom, Izba wydała w dniu 19 stycznia 2017 roku wyrok w postępowaniu w sprawie KIO 22/17, w którym uwzględniając odwołanie OPA Bytom nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum w ramach Postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, w zakresie

zadań 2, 4 i 5, a więc dokładnie tych których dotyczy obecnie złożone odwołanie Konsorcjum. Wykonując wyrok, w dniu 16 lutego 2017 roku Zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum w tym zakresie i dokonał ponownego wyboru ofert, a z uwagi na to, iż oferta OPA Bytom była w tych zadaniach jedyną ofertą nie podlegającą odrzuceniu, dokonał jej wyboru. W związku z wyrokiem Izby i w związku z podjętymi przez Zamawiającego działaniami zmierzającymi do jego wykonania, Konsorcjum utraciło status wykonawcy w Postępowaniu w zakresie zadań 2, 4 oraz 5 i tym samym utraciło legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej.

3. Problem uprawnienia byłych wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej był już rozważany przez Izbę, przy czym zwrócić trzeba uwagę chociażby na niedawne postanowienie Izby z dnia 30 maja 2016 roku (KIO 849/16). Zostało ono wydane w stanie faktycznym właściwie identycznym jak mający miejsce w niniejszej sprawie, a mianowicie w odniesieniu do odwołania wniesionego przez byłego wykonawcę, którego oferta została wcześniej odrzucona w wyniku wydania przez Izbę wyroku nakazującego Zamawiającemu takie działanie. Wskazany postanowieniem Izba odrzuciła odwołanie jako wniesione przez nieuprawniony podmiot argumentując, iż „Odwołujący w rozpoznawanej sprawie nie kwestionuje czynności odrzucenia jego oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, która to czynność odrzucenia wykonana została na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2016 roku (sygn. akt KIO 426/16) Czynność odrzucenia oferty Odwołującego wywiera zatem skutki prawne, które - wobec nie wniesienia skargi do Sądu Okręgowego na wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 roku - mają charakter nieodwracalny. Odwołujący nie jest już uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, zatem odwołanie jako wniesione przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Prezentowana wykładnia przywołanego przepisu, mającego zastosowanie nie tylko do złożenia odwołania przez niewłaściwie umocowanego pełnomocnika odwołującego, ale również do okoliczności, w których podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej nie może uczestniczyć w postępowaniu odwoławczym, gdyż sam jest podmiotem do tego nieuprawnionym, została podniesiona w doktrynie (vide: J. Jerzykowski (w:) M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2010, wyd. IV). Pogląd, iż niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została skutecznie odrzucona z postępowania, a tym samym utracił status uczestnika tego postępowania, znalazł również potwierdzenie w postanowieniu Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008 r. sygn. akt IV Ca 521/08, w uzasadnieniu tego postanowienia Sąd Okręgowy stwierdził, że odwołanie wniesione przez taki podmiot podlega odrzuceniu, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony". Izba zwróciła również w przedmiotowym

postanowieniu uwagę na to, iż analogiczne stanowisko zajęła Izba w postanowieniach z dnia 18 września 2009 roku (KIO/UZP 1176/09), z dnia 5 kwietnia 2011 roku, (KIO 842/11, KIO 844/11), z dnia 4 lipca 2013 roku (KIO 1500/13), z dnia 9 marca 2015 roku (KIO 341/15).

4. Jak wynika z informacji uzyskanych przez Spółkę, na dzień przygotowania niniejszego pisma, do Prezesa Izby nie wpłynęła skarga Konsorcjum na wyrok wydany przez Izbę w sprawie KIO 22/17, a biorąc pod uwagę datę wydania tego wyroku oraz ustawowy termin wniesienia skargi, oznacza to że Konsorcjum skargi takiej nie złożyło. Z tych przyczyn, mając na uwadze powyżej przedstawione i ugruntowane stanowisko Izby, podzielane przez orzecznictwo sądów powszechnych, wniesione przez Konsorcjum odwołanie powinno podlegać odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust 2 pkt 2) w zw. z art. 179 ust 1 Ustawy jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

II. Podstawy do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust 2 pkt 3) Ustawy

1. Zgodnie z art. 189 ust 2 pkt 3) Ustawy odwołanie podlega odrzuceniu przez Izbę również w przypadku gdy zostało ono wniesione po upływie terminu przewidzianego w Ustawie. Mając na uwadze charakter Postępowania, odwołanie powinno zostać wniesione, zgodnie z art. 182 ust 1 pkt 1) Ustawy, w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie, albo w terminie 15 dni -jeżeli zostały przesłane w inny sposób. Ponieważ wybór oferty Spółki w Postępowaniu został dokonany przez Zamawiającego w dniu 21 grudnia 2016 roku, to wniesione obecnie przez Konsorcjum odwołanie dotyczące tego wyboru jest w oczywisty sposób wniesione po terminie.

2. Wskazać trzeba przy tym, iż brak jest jakiegokolwiek możliwości aby traktować działania podjęte przez Zamawiającego na skutek wyroku Izby z dnia 19 stycznia 2017 roku, jako czynności mogące powodować „odżycie” prawa Konsorcjum do kwestionowania prawidłowości oferty Spółki i żądania jej odrzucenia. Konsorcjum winno podejmować takie działania po wyborze oferty Spółki dokonany przez Zamawiającego w grudniu 2016 roku. Skoro zaś w tamtym czasie Konsorcjum żadnych zastrzeżeń do oferty Spółki nie podnosiło, a ta wszak od tamtego czasu nie uległa żadnym zmianom, to obecne zarzuty i obecne odwołanie są oczywiście spóźnione.

3. Stanowisko takie jest powszechnie prezentowane w orzecznictwie Izby. Wskazać trzeba tu chociażby na postanowienie Izby z dnia 22 czerwca 2011 roku (KIO 1251/11), w którym odrzucając odwołanie Izba wskazała, iż „Zdaniem składu orzekającego Izby późniejsze unieważnienie tej czynności i jej powtórzenie przez Zamawiającego nie przywraca Odwołującemu terminu na wniesienie odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty S. z powodu niezgodności jej treści z treścią s.i.w.z. Z przepisu art. 96 ust. 3 ZamPublU wynika bowiem, iż oferty są jawne od chwili ich otwarcia ofert, a zatem nie było przeszkód by Odwołujący zidentyfikował wszystkie potencjalne niezgodności konkurencyjnej oferty S. z

treścią s.i.w.z W konsekwencji informację o zaniechaniu przez Zamawiającego zweryfikowania prawidłowości tej oferty, Odwołujący mógł powziąć z chwilą otrzymania 13 kwietnia 2011 r. zawiadomienia o wyniku badania i oceny ofert, w tym o wyborze oferty S. jako najkorzystniejszej. Zatem zawity termin na wniesienie odwołania opartego na tych okolicznościach upłynął 23 kwietnia 2011 r., to jest z upływem 10-dniowego terminu od otrzymania przez Odwołującego pierwotnego zawiadomienia o wyborze jako najkorzystniejszej oferty S. Skład orzekający Izby w sytuacji identycznego rezultatu powtórzonej czynności oceny ofert w stosunku do pierwotnej podziela pogląd (wyrażony między innymi w postanowieniu KIO z 27 kwietnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 792/11), iż ustawodawca poprzez regulacje zawarte w takich przepisach ZamPubU: art. 92 (obowiązek zawiadomienia o rezultacie kompleksowego badania i oceny ofert), art. 182 (zawite terminy na wniesienie odwołania), art. 185 (instytucja zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego), art. 186 ust. 4 (instytucja sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania), art. 189 ust. 2 (przesłanki odrzucenia odwołania) do rangi zasady podniósł koncentrację wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej. Zasada ta służy natomiast urzeczywistnieniu zasady szybkości postępowania o udzielenie zamówienia służącej osiągnięciu celu tego postępowania w postaci zawarcia umowy, zapewniając efektywny system weryfikacji czynności zamawiających podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dopuszczenie możliwości kwestionowania przez wykonawców każdego kolejnego wyboru tej samej oferty, z powoływaniem się za każdym razem na inne wady tej oferty, choć wszystkie mogły zostać podniesione już przy pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie daje się pogodzić z przywoływanymi zasadami i celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący mógł i powinien podnieść zarzuty wywiedzione z treści złożonej przez S. oferty w odwołaniu rozstrzygniętym wyrokiem Izby z 11 maja 2011 r., a podniesienie ich dopiero w odwołaniu z 13 czerwca 2011 r., służy jedynie utrudnieniu zakończenia prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, a z uwagi na przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ZamPubU jest także bezskuteczne".

4. Zwrócić można również uwagę na wyrok Izby z dnia 17 czerwca 2013 roku (KIO 1333/13), w którym Izba wskazała, iż „Zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, wymaga aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone w zasadzie po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca nakazał jednocześnie wykonywanie wszystkich tych czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie postępowania, w tym jednocześnie korzystanie ze środków ochrony prawnej. Powiadomieni równocześnie wykonawcy mają dostępny ten sam termin na zapoznanie się z wynikami przetargu, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, na jego

zakwestionowanie przewidzianymi ustawą środkami ochrony prawnej. Powyższa zasada znajduje odzwierciedlenie między innymi w przepisach art. 92, art. 182, art. 185, art. 186 ust. 4, art. 189 ust. 1 i 2 ustawy. [...]Zasada koncentracji środków ochrony prawnej urzeczywistnia zaś istotny z punktu widzenia procedur zamówień publicznych postulat, szybkiego i sprawnego systemu weryfikacji czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie do pogodzenia z tymi celami jest, aby wykonawca kwestionował każdy kolejny wybór oferty, wynajdując po każdym etapie oceny, co raz to nowe powody i wady oferty, stwarzające preteksty do wnoszenia kolejnych odwołań. Dla wykonawcy jest dostępny termin na odwołanie od czynności czy zaniechań Zamawiającego wobec konkurencyjnej oferty, liczony od przesłania powiadomienia w zasadzie o pierwszej ocenie ofert. [...] Termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity i jego bezskuteczny upływ spowodował wygaśnięcie uprawnień wykonawcy składającego przedmiotowe odwołanie do skorzystania z tego środka ochrony prawnej i z tych względów Izba nie miała podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania w zakresie wymienionych na wstępie zarzutów". Izba wskazała również w cytowanym wyroku na inne orzeczenia dotyczące omawianej kwestii, a mianowicie postanowienie Izby z 22 maja 2012 roku (KIO 970/12); postanowienie Izby z 9 lutego 2011 roku (KIO 157/11); postanowienie Izby z 27 kwietnia 2011 roku (KIO 792/11); postanowienie Izby z 20 czerwca 2011 roku (KIO 1237/11); czy postanowienie Izby z 11 czerwca 2012 roku (KIO 1114/12).

5. Zauważyć trzeba przy tym, iż w niniejszej sprawie odwołanie Konsorcjum opiera się w całości i wyłącznie na zarzutach dotyczących treści oferty Spółki, która była znana Konsorcjum już od momentu otwarcia ofert i pierwotnego wyboru. Nie podnosi Konsorcjum żadnych argumentów, które miałyby odnosić się do jakichś nowych czynności Zamawiającego podejmowanych po wydaniu wyroku Izby w sprawie KIO 22/17, ani jakichkolwiek uchybień związanych z tymi powtórzonymi czynnościami. W świetle przytaczanego stanowiska Izby wszystkie te zarzuty mogły i powinny być podjęte po pierwszym wyborze oferty OPA Bytom w Postępowaniu.

6. Zauważyć trzeba również, iż stanowisko Konsorcjum o tym, iż ponowny wybór oferty Spółki miałby uzasadniać przywrócenie uprawnienia Konsorcjum do kwestionowania treści tej oferty pozostaje trudne do zaakceptowania również z uwagi na tę zasadę współżycia społecznego, w myśl której nikt nie może czerpać korzyści z własnego naruszenia prawa (nemo potest commodum capere de iniuria sua propria). Zauważyć trzeba bowiem, iż ponowna ocena ofert i ponowny wybór w Postępowaniu oferty OPA Bytom, był wynikiem wyłącznie tego, iż Izba nakazała w wydanym przez siebie wyroku odrzucenie oferty Konsorcjum złożonej w tym Postępowaniu z uwagi na jej liczne uchybienia. W takich okolicznościach przyznanie obecnie Konsorcjum prawa do złożenia odwołania

prowadziłoby do sytuacji, w której Konsorcjum uzyskałoby korzyść z własnego sprzecznego z Ustawą działania. Złożenie wadliwej oferty skutkujące nakazem jej odrzucenia (wiążącego się z koniecznością ponownej oceny i wyboru ofert) powodowałoby bowiem „odżycie” terminu i uprawnienia Konsorcjum do kwestionowania innych ofert złożonych w postępowaniu i to pomimo braku jakichkolwiek wcześniejszych do nich zastrzeżeń. Taka sytuacja jest trudna do zaakceptowania.

7. Reasumując powyższe uznać trzeba, iż odwołanie Konsorcjum zostało złożone po terminie przewidzianym w Ustawie i powinno z tego powodu zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust 2 pkt 3) Ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest zawarcie umowy ramowej na wykonanie usług badawczych, pomiarowych, regulacyjnych i innych urządzeń elektroenergetycznych dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej sp. z o.o, w latach 2017-2018.

Zamówienie zostało podzielone na 6 zadań (według pkt. III Załącznika nr 1 do SIWZ).

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty:

To jest na zadania 1, 2,3, 4, 5, 6 oferta odwołującego to jest Konsorcjum:

Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego sp. z o.o. , ul. Będzińska 8, 43-143 Łędziny, 2. Ośrodek Pomiarów i Automatyki Przemysłu Węglowego S.A. , ul. Hagera 14a, 41- 800 Zabrze, 3. Rudpol-OPA sp. z o.o., ul. Szyb Walenty 50, 41 -701 Ruda Śląska , 4. OPA -ROW sp. z o.o., ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik , 5. MIFAMA OPA CARBO sp. z o.o., ul. Żwirki i Wigury 4, 43-190 Mikołów

oraz na zadania 2,4,5 oferta OPA BYTOM sp. z o.o. w Bytomiu oferta przystępującego w sprawie.

Wartość zamówienia wynosi: 54 567 404,86 PLN netto a 67 117 907,98 PLN brutto w związku z tym przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.).

Informacja o czynności Zamawiającego stanowiącą podstawę wniesienia odwołania została przekazana Wykonawcom:

W dniu 21.12.2016 r. wraz z pismem znak 72/D/DE/EZP/MZ/14087/16 z dn. 21.12.2016 r. w sposób przewidziany w SIWZ drogą elektroniczną: na adres poczty elektronicznej wskazany w ofercie oraz opublikowana w Profilu Nabywcy to jest I wybór ofert najkorzystniejszych.

W dniu 16.02.2017 r. po wyroku KIO w sprawie o Sygnaturze KIO 22/17 wraz z pismem znak 72/D/DE/EZP/MZ/221/17Z dn. 16.02.2017 r. w sposób przewidziany w SIWZ drogą elektroniczną: na adres poczty elektronicznej wskazany w ofercie oraz opublikowana w Profilu Nabywcy www.pgg.pl/dostawcy/przetargi, to jest II wybór ofert najkorzystniejszych.

Kopia odwołania została przez zamawiającego w dniu 28.02.2017 r. przekazana Wykonawcom wraz z pismem znak 72/D/DE/EZP/MZ/7625/2017 z dn. 28.02.2017 r. w sposób przewidziany w SIWZ drogą elektroniczną: na adres poczty elektronicznej wskazany w ofercie oraz opublikowana w Profilu Nabywcy www.pgg.pl/dostawcy/przetargi.

Pismem z dnia 21.12.2016 r. wykonawcy biorący udział w postępowaniu Dotyczy: informacji o wyniku postępowania objętego procedurą Ustawy Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej na Wykonanie usług badawczych, pomiarowych, regulacyjnych i innych urządzeń elektroenergetycznych dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej sp. z o.o. w latach 2017-20.18 (nr ERU: 701600600/01) zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz.2164 z późn. zm.) Zamawiający informował, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego zmierzającego do zawarcia umowy ramowej na wykonanie usług badawczych, pomiarowych, regulacyjnych i Innych urządzeń elektroenergetycznych dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej sp. z o.o. w latach 2017-2018 wybrano oferty nw. wykonawców:

1. Oferta Wspólna:

Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego Sp. z o.o.,

43-143 Łędziny, ul. Łędzińska 8 - Pełnomocnik

OPA-ROW Sp. z o.o. 44-270 Rybnik, ul. Rymera 40c - uczestnik

MIFAMA OPA CARBO Sp. z o.o.43-190 Mikołów, ul. Żwirki i Wigury 4 - uczestnik

RUDPOL-OPA Sp. z o.o, 41-701 Ruda Śląska, ul. Szyb Walenty 50 - uczestnik

Ośrodek Pomiarów i Automatyki Przemysłu Węglowego S.A. - uczestnik

41-800 Zabrze, ul. Hagera 14a w zakresie zadań nr 1, 2, 3, 4, 5 i 6,

który uzyskał najwyższe oceny punktowe w zakresie poszczególnych zadań tj. 100 punktów,

zgodnie z kryteriami oceny ofert - najniższa cena, znaczenie (waga) -100% to jest oferta odwołującego w niniejszej sprawie;

2. OPA BYTOM Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich 87B w zakresie zadań 2,4 i 5 to jest oferta przystępującego w niniejszej sprawie, który uzyskał w zakresie poszczególnych zadań 95,76272000 punktów

zgodnie z kryteriami oceny ofert - najniższa cena, znaczenie (waga) - 100%.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że zgodnie z art.94 ust.1 pkt 1) ustawy Pzp z zastrzeżeniem art.183 umowa może zostać zawarta nie wcześniej niż po upływie 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wykonawcy, których oferty uznano za najkorzystniejsze zobowiązani są do podpisania umowy w terminie określonym w odrębnym wezwaniu.

Wyrokiem o Sygn. akt: KIO 22/17 z dnia 19 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2017 r. przez wykonawcę: OPA Bytom sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich 87b, 41-914 Bytom w postępowaniu w przedmiocie zawarcia umowy ramowej na „wykonanie usług badawczych, pomiarowych, regulacyjnych i innych urządzeń elektroenergetycznych dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej sp. z o.o. w latach 2017-2018” prowadzonym przez zamawiającego: Polska Grupa Górnicza sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice przy udziale przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego sp. z o.o. z siedzibą w Łędzinach, ul. Łędzińska 8, 43-143 Łęziny, 2) OPA - ROW sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik, 3) MIFAMA OPA CARBO sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, ul. Żwirki i Wigury 4, 43-190 Mikołów, 4) RUDPOL-OPA sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Szyb Walenty 50, 41-701 Ruda Śląska, 5) Ośrodek Pomiarów i Automatyki Przemysłu Węglowego S.A. z siedzibą w Zabrze, ul. Hagera 14a, 41-800 Zabrze, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego orzekła o 1. uwzględnieniu odwołania i nakazania w zakresie zadań: 2, 4 i 5 unieważnienia czynności wyboru ofert i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego sp. z o.o. z siedzibą w Łędzinach, ul. Łędzińska 8, 43-143 Łęziny, 2) OPA - ROW sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik, 3) MIFAMA OPA CARBO sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, ul. Żwirki i Wigury 4, 43-190 Mikołów, 4) RUDPOL-OPA sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Szyb Walenty 50, 41-701 Ruda

Śląska, 5) Ośrodek Pomiarów i Automatyki Przemysłu Węglowego S.A. z siedzibą w Zabrze, ul. Hagera 14a, 41-800 Zabrze.

Pismem z dnia 16.02.2017 r. wykonawcy biorący udział w postępowaniu

Dotyczy: informacji o wyniku postępowania objętego procedurą Ustawy Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej na Wykonanie usług badawczych, pomiarowych, regulacyjnych i innych urządzeń elektroenergetycznych dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej sp. z o.o. w latach 2017-20.18 (nr ERU: 701600600/01)

W związku z ogłoszoną sentencją wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2017 r. w sprawie KIO 22/17 Zamawiający unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty opublikowaną w profilu nabywcy pismem z dnia 21.12.2016 roku znak: 72/DE/EZP/MZ/14087/16. Zgodnie z art. 92 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U, z 2015 r. poz.2164 z późn.zm.) Zamawiający informuje, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego zmierzającego do zawarcia umowy ramowej na Wykonanie usług badawczych, pomiarowych, regulacyjnych i innych urządzeń elektroenergetycznych dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej sp. z o.o. w latach 2017-2018 wybrano oferty nw. Wykonawców:

1. Konsorcjum firm: Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego Sp. z o.o., 43-143 Łęczyny, ul. Łędzińska 8 (lider), OPA-ROW Sp. z o.o. 44-270 Rybnik, ul. Rymera 40c, MIFAMA OPA CARBO Sp. z o. o. 43-190 Mikołów, ul. Żwirki i Wigury 4, RUDPOL-OPA Sp. z o.o. 41-701 Ruda Śląska, ul. Szyb Walenty 50, Ośrodek Pomiarów i Automatyki Przemysłu Węglowego S.A., 41-800 Zabrze, ul. Hagera 14a w zakresie zadań 1, 3 i 6. Czyli odpadły temu wykonawcy zadania 2,4,5 w związku z wykonaniem wyroku KIO z 17.01.2017 roku o Sygn. akt KIO 22/17.

2. OPA BYTOM Sp. z o.o. 41-914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 87B w zakresie zadań 2, 4 i 5. Czyli w tym zakresie zadania nie uległy zmianie w kontekście I wyboru ofert wykonawców, z którymi zamawiający zamierza zawrzeć umowy ramowe.

III. Na podstawie art.89 ust.1 pkt 4) ustawy Pzp odrzuca się ofertę wykonawcy tj. Konsorcjum firm:

Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego Sp. z o.o. 43-143 Łęczyny, ul. Łędzińska 8- Pełnomocnik, OPA-ROW Sp, z o.o. 44-270 Rybnik, ul. Rymera 40c, MIFAMA OPA CARBO Sp. z o.o. 43-190 Mikołów, ul. Żwirki i Wigury 4, RUDPOL-OPA Sp. z o.o, 41-70.1. Ruda Śląska, ul. Szyb Walenty 50, Ośrodek Pomiarów i Automatyki Przemysłu Węglowego S.A. 41-800 Zabrze, ul. Hagera 14a w zakresie zadania nr 2, 4 i 5 a co stanowiło wykonanie nakazu wyroku KIO o Sygn. akt KIO 22/17.

IV. Jednocześnie Zamawiający informuje, że zgodnie z art.94 ust.1 pkt 1) ustawy Pzp z zastrzeżeniem art. 183 umowa może zostać zawarta nie wcześniej niż po upływie 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wykonawcy, których oferty uznano za najkorzystniejsze zobowiązani są do podpisania umowy w terminie określonym w odrębnym wezwaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła

Izba postanowiła odrzucić odwołanie, ponieważ jego złożenie wyczerpuje przesłanki zarówno z pkt-u 2 jak i pkt – u 3 ust. 2 art.189 ustawy Pzp to jest zostało złożone zarówno przez podmiot nieuprawniony jak i po upływie terminu określonego w ustawie do wniesienia odwołania.

Powyższe wynika z faktu, że termin na wniesienie odwołania co do zarzutów i żądań podniesionych w niniejszym odwołaniu rozpoczął bieg w dniu 21 grudnia 2016 roku to jest od pierwotnego zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Bowiem jak wynika z ustaleń Izby, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia dołączonej do akt niniejszej sprawy, w wyniku pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 21 grudnia 2016 r. w zadaniach nr 2,4 i 5, oferta przystępującego była wybrana jako najkorzystniejsza równorzędnie z odwołującym (Pismem z dnia 21.12.2016 r. Zamawiający informuje, że wybrano oferty nw. wykonawców: to jest zarówno odwołującego jak i przystępującego w zakresie zadań 2,4 i 5, i z nimi zamawiający zamierzał zawrzeć umowy ramowe). W związku z tym już wówczas (to jest 21.12.2016r. a nie dopiero 12.02.2017r.) odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia w zadaniach 2,4,5 i już wówczas powinien podnieść zarzut przeciw przystępującemu którego oferta według niego podlega odrzuceniu. Podstawy do wniesienia odwołania wystąpiły już w dacie 21.12.2016 roku w związku z tym nie ma ich już w dacie 12.02.2017 roku wskutek wykonania wyroku KIO z dnia 19 stycznia 2017 roku o Sygn. akt KIO 22/17. Wyrokiem tym KIO nakazała unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty odwołującego w zakresie zadań 2,4,5 , wówczas przystępującego po stronie zamawiającego. Słusznie przystępujący po stronie zamawiającego w niniejszej sprawie podniósł kwestię, próby nadużycia prawa przez odwołującego w związku z twierdzeniem, że dopiero z datą drugiego wyboru najkorzystniejszej oferty (12 luty 2017 roku) rozpoczyna bieg terminu na zaskarżenie braku odrzucenia oferty konkurenta, który w tym samym zakresie był wybrany w I jak i w II wyborze ofert wykonawców, z którymi zamawiający zamierza zawrzeć umowę ramową. Nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia zagadnienia upływu terminu do wniesienia odwołania fakt, że przedmiotem są umowy ramowe, które na etapie wyboru ofert nie rozstrzygają o ostatecznym wykonawcy. Interes w uzyskaniu zamówienia czyli prawo do wniesienia

odwołania ziszcza się już na etapie poznania konkurenta do umowy ramowej czyli w dniu 21 grudnia 2016 roku a nie dopiero w związku z drugim wyborem wskutek nakazu wyroku, który wyklucza wykonawcę odwołującego się z udziału w zadaniach 2,4,5. W związku z tym odwołujący w efekcie żąda unieważnienia postępowania po odrzuceniu oferty przystępującego wobec braku wówczas wykonawców do zawarcia umowy, powołując się na interes uzyskania zamówienia w przyszłym postępowaniu, w ocenie Izby niepewnym postępowaniu.

Ta ostatnia okoliczność to jest odrzucenie oferty odwołującego, na podstawie art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp wskutek wyroku KIO o Sygn. akt KIO 22/17, z zadań 2,4,5 w dniu 12.02.2017 r. tym bardziej w okolicznościach nie wniesienia skargi na przedmiotowy wyrok KIO, pozbawia odwołującego w tym postępowaniu odwoławczym statusu uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia. Wyrokiem z dnia 17 stycznia 2017 roku Izba nakazała odrzucenie oferty odwołującego w zadaniach 2,4,5. w których to zadaniach pierwotnie oferty dwóch wykonawców wybrano do zawarcia umowy ramowej to jest odwołującego i aktualnie przystępującego w sprawie. Skoro więc odwołujący nie zaskarżył wyroku, którym wyeliminowano go z zadań 2,4,5 to nie jest już uczestnikiem w zadaniach nr 2,4,5 i przez to nie ma prawa do zaskarżenia wyboru zamawiającego dokonanego w 2,4 i 5 zadaniach.

Izba podzieliła jako słuszną w sprawie argumentację prawną przystępującego po stronie zamawiającego przedstawioną w jego piśmie z dnia 10 marca 2017 roku co do przesłanek odrzucenia odwołania zarówno jako podmiotu nieuprawnionego jak i z uwagi na bezskuteczny upływ terminu do wniesienia odwołania to jest z art.189 ust.2 pkt-y 2 i 3 Ustawy pzp., przedstawioną powyżej w uzasadnieniu.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. i § 3 i § 5 ust.3 pkt 1 i ust.4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41 poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł. uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego wynagrodzenie dla pełnomocnika zamawiającego na podstawie przedłożonej faktury Vat na kwotę 3.600,00 złotych.

Przewodniczący: