

Sygn. akt: KIO 1685/12

POSTANOWIENIE
z dnia 14 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec
Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 14 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę: **SENER Ingenieria y Sistemas S.A., 48930 Las Arenas, Avenida Zugazarte 56** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa** reprezentowane przez **Zarząd Transportu Miejskiego**, w imieniu i na rzecz którego działa **Metro Warszawskie Sp. z o.o., 02-798 Warszawa, ul. Wilczy Dół 5**

przy udziale wykonawcy: **Biuro Projektów METROPROJEKT Sp. z o.o., 02-142 Warszawa, ul. Solińska 19B** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: wykonawcę: **SENER Ingenieria y Sistemas S.A., 48930 Las Arenas, Avenida Zugazarte 56** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **SENER Ingenieria y Sistemas S.A., 48930 Las Arenas, Avenida Zugazarte 56** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa (reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie Sp. z o.o., 02-798 Warszawa, ul. Wilczy Dół 5), zwane dalej Zamawiającym, działając w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, ogłosiło konkurs na: *„Wykonanie Koncepcji Architektoniczno- Budowlanej I etapu realizacji odcinka zachodniego II linii metra w Warszawie i Koncepcji Architektoniczno-Budowlanej I etapu realizacji odcinka wschodniego-północnego II linii metra w Warszawie”*. Ustalona przez Zamawiającego wartość konkursu przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o konkursie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 228-370258) w dniu 26 listopada 2011 r.

W dniu 6 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w formie pisemnej przez wykonawcę: SENER Ingenieria y Sistemas S.A., zwanego dalej Odwołującym.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu w ramach części I konkursu (*Wykonanie Koncepcji Architektoniczno- Budowlanej I etapu realizacji odcinka zachodniego II linii metra w Warszawie*) „naruszenie:

- 1. art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez naruszenie podstawowej zasady udzielenia zamówień publicznych, tj. zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o przyznanie pierwszej nagrody oraz narusza zasady przejrzystości prowadzenia postępowania na skutek zaniechania udostępnienia wszystkim uczestnikom konkursu zaktualizowanej wersji Raportu Oddziaływania na Środowisko, a tym samym pozbawienia ich szansy przygotowania konkurencyjnej pracy konkursowej, która uwzględniałaby wszystkie okoliczności faktyczne związane z zaprojektowaniem stacji metra;*
- 2. art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez naruszenie podstawowej zasady udzielenia zamówień publicznych, tj. zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się*

- o przyznanie pierwszej nagrody oraz narusza zasady przejrzystości prowadzenia postępowania na skutek zatajenia przed uczestnikami konkursu faktu, iż zaktualizowana wersja Raportu Oddziaływania na Środowisko została przygotowana przez jednego z uczestników konkursu, tj. Metroprojekt [Biuro Projektów METROPROJEKT Sp. z o.o.], która jako jedyna miała dostęp do powyższego dokumentu w toku Postępowania;*
- 3. art. 8 ust. 1 Ustawy poprzez naruszenie zasady jawności w wyniku zaniechania niektórym uczestnikom Postępowania wszelkich niezbędnych informacji do przygotowania i złożenia pracy konkursowej;*
 - 4. art. 24 ust. 2 pkt 1) Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Metroprojekt z Postępowania z uwagi na fakt, iż powyższy uczestnik konkursu przygotował m.in. na potrzeby Postępowania aktualizację Raportu Oddziaływania na Środowisko, którego znajomość miała istotne znaczenie dla przygotowania pracy konkursowej, jej zawartości oraz zaproponowanych rozwiązań środowiskowych, technicznych oraz organizacyjnych, ocenianych następnie przez Zamawiającego;*
 - 5. art 121 ust. 4 i 122 ust. 3 Ustawy poprzez niezapewnienie anonimizacji złożonych prac konkursowych i dopuszczenie do konkursu pracy, której autorstwo można było zidentyfikować na podstawie zawartej w niej treści oraz stosownych odwołań do dokumentów znanych Zamawiającemu oraz autorowi złożonej pracy konkursowej;*
 - 6. art 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia pracy konkursowej Metroprojekt z uwagi na niespełnienie wymagań regulaminu w pracy konkursowej oraz pozostałych przepisów uregulowanych w innych aktach prawnych, które zostały wymienione w uzasadnieniu oraz w Regulaminie Konkursu.”*

Uwzględniając tak postawione zarzuty, Odwołujący wnosił o merytoryczne rozpatrzenie odwołania, a także o „2. unieważnienie czynności Zamawiającego z 22 czerwca 2012 r. dotyczącej oceny złożonych prac konkursowych, 3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z Postępowania Metroprojekt; 4. nakazanie Zamawiającemu przyznania pierwszej nagrody w konkursie Odwołującemu.. Na wypadek gdyby jednak Krajowa Izba Odwoławcza doszła do wniosku, iż zarzuty podniesione przed Odwołującego są na tyle istotne, iż uniemożliwiają przyznanie pierwszej nagrody któremukolwiek z uczestników konkursu, z daleko idącej ostrożności procesowej wnoszę o nakazanie unieważnienia Postępowania.”

W dniu 10 sierpnia 2012 r. swoje zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca: Biuro Projektów METROPROJEKT Sp. z o.o..

Izba uznała rozpoznawane odwołanie za spóźnione.

Podjmując takie rozstrzygnięcie Izba uwzględniła dokumentację postępowania odwoławczego, w szczególności dokumentację konkursu przekazaną przez Zamawiającego, a także, jako znaną jej z urzędu, dokumentację postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1384/12 (zaznaczenia wymaga tożsamość Stron w postępowaniu KIO 1384/12 oraz w postępowaniu niniejszym).

Nie było przedmiotem sporu pomiędzy Stronami, iż Zamawiający, mając na celu wypełnienie ciążącego na nim, zgodnie z art. 120 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, obowiązku, pismem z dnia 22 lutego 2012 r. dopuścił do udziału w konkursie i zaprosił do składania prac konkursowych m.in. Biuro Projektów METROPROJEKT Sp. z o.o. (za protokołem sądu konkursowego z dnia 22 lutego 2012 r.). Nie była również sporna między Stronami data pisma zawierającego informację o wynikach konkursu (22 czerwca 2012 r.)

Analiza stanowiska Odwołującego pozwala, w ocenie Izby, stwierdzić, iż formułowane przez niego zarzuty podnoszone były wobec czynności, o których dokonaniu został poinformowany pismami z dnia 22 lutego 2012 r. oraz dnia 22 czerwca 2012 r.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp odwołanie wnosi się najpóźniej w terminie 15 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia (10 dni, jeżeli informację tę przesłano w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp). Co istotne, Odwołujący już w odwołaniu z dnia 2 lipca 2012 r. (sprawa KIO 1384/12), żądał unieważnienia czynności z dnia 22 czerwca 2012 r. Potwierdza to niepodważalnie, iż co najmniej w tej dacie zostały mu przekazane informacje o dokonaniu kwestionowanych przez niego obecnie czynności Zamawiającego. Dlatego też uznać należało, że termin na wniesienie odwołania wobec powołanych czynności upłynął bez wątplenia przed dniem 6 sierpnia 2012 r., kiedy to zostało wniesione rozpoznawane przez Izbę odwołanie. Tym samym odwołanie to uznać należało za wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zdaniem składu orzekającego, Odwołujący powoływał się na fakt zapoznania się w dniu 27 lipca 2012 r. z ujawnionymi mu pracami konkursowymi usiłując zapewnić sobie przywrócenie terminu na wniesienie odwołania wobec Regulaminu konkursu (jego kompletności), czy też wobec czynności zaproszenia do składania prac konkursowych wykonawcy: Biuro Projektów METROPROJEKT Sp. z o.o., a także czynności ustalenia wyników konkursu.

Brak podstaw, aby uznać, iż w sprawie pojawiły się nowe okoliczności, pozwalające przyjąć, iż odwołanie zostało wniesione w terminie. Sam fakt uzyskania przez Odwołującego dostępu do udostępnionych mu dokumentów (prace konkursowe) nie może być traktowany

jako przesłanka do przywrócenia terminu na wniesienie odwołania. W interesie Odwołującego było dążenie do zapoznania się z pełną treścią każdego z konkurencyjnych w tym postępowaniu dla niego wniosków w jak najkrótszym okresie czasu po terminie przesłania informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w konkursie tak, aby mógł on w pełnym zakresie kwestionować ich prawidłowość celem zabezpieczenia własnych interesów. Podobnie powinien on dążyć do zapoznania się w możliwie najwcześniejszym terminie z pracami konkursowymi innych wykonawców.

W tym miejscu należy podkreślić, że nie znajdują uzasadnienia w dokumentacji postępowania odwoławczego KIO 1384/12 twierdzenia Odwołującego, iż informacje stanowiące podstawę dla podnoszonych przez niego obecnie zarzutów zostały mu udostępnione w wykonaniu wyroku Izby z dnia 13 lipca 2012 r. Na mocy powołanego wyroku odwołanie z dnia 2 lipca 2012 r. zostało bowiem oddalone, stąd też Zamawiający nie mógł podejmować czynności stanowiących realizację nałożonych na niego przez Izbę obowiązków.

Zasada koncentracji środków ochrony prawnej (wywodzona z art. 189 ust. 2 pkt 4) i 5) ustawy Pzp) wymaga od wykonawców przedstawienia wszystkich zarzutów podnoszonych w odniesieniu do tych samych dokumentów lub oświadczeń przed upływem terminu na wniesienie odwołania wobec konkretnej czynności Zamawiającego. Pominięcie jakiegokolwiek zarzutu przez Wykonawcę, a następnie próba wniesienia odwołania w terminie późniejszym, aniżeli określony przepisami art. 182, uznać należy za spóźnione. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się od czynności Zamawiającego, albo też od zaniechania wykonania tej czynności. Data przesłania informacji o podjęciu przez Zamawiającego kwestionowanych w obecnie rozpoznawanym odwołaniu czynności nie budzi wątpliwości – Odwołujący nie podnosił w tym zakresie zarzutów. Sam fakt powzięcia przez wykonawcę w terminie późniejszym wiadomości o okolicznościach faktycznych mogących stanowić podstawę dla sformułowania zarzutów wobec wcześniej dokonanych przez Zamawiającego czynności, w ocenie Izby, nie może oddziaływać na ustalenie terminu przesłania informacji o czynnościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, czy też, co równie istotne, na ustalenie terminu na wniesienie odwołania wobec czynności, które nie były, po poinformowaniu wykonawców o ich dokonaniu, modyfikowane w toku konkursu. Zaznaczyć w tym miejscu jedynie należy, iż przepis art. 182 ust. 3 ustawy Pzp wyraźnie stanowi, iż określa on zasady liczenia terminu na wniesienie odwołania dla czynności innych, niż wymienione w ust. 1 i 2 tegoż artykułu. Tym samym nie można uznać, iż art. 182 ust. 3 ustawy Pzp może mieć zastosowanie do ustalenia terminu na wniesienie odwołania wobec czynności, o których informacja została

przesłana wykonawcom, a – co ważne – przesłanie tej informacji stanowiło wypełnienie obowiązku nałożonego na Zamawiającego na mocy art. 120 ust. 1 i 2 oraz art. 123 ustawy Pzp. Dlatego też w tym przypadku nie sposób wykluczyć zastosowania art. 182 ust. 1 ustawy Pzp. Jest on bowiem jedynym właściwym dla ustalenia terminu na wniesienie odwołania opartego na zarzutach wyżej opisanych. W ocenie Izby, ustanowiony przez ustawodawcę podział na czynności, o których mowa w art. 182 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, oraz na inne, do których odnosi się ustęp trzeci tegoż artykułu, ma charakter dychotomiczny. Stąd też nie można przyjmować, że odwołanie odnoszące się do czynności, o której informację Zamawiający przysłał wykonawcom (do czego jest zobowiązany na mocy ustawy), można, po upływie terminu ustanowionego w art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, następnie wnieść w terminie ustalonym na podstawie art. 182 ust. 3 ustawy Pzp.

Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia wymóg pewności procedury. Tak zamawiający, jak i wykonawcy biorący udział w postępowaniu powinni bowiem mieć pewność, iż po upływie terminów na wniesienie odwołania wobec dokonanej przez Zamawiającego oceny spełniania warunków udziału w konkursie czy też ustalenia wyników konkursu, czynności te stają się ostateczne, a tym samym możliwe jest uznanie konkursu za ostatecznie rozstrzygnięty. Temu celowi służą przepisy określające terminy na wniesienie odwołania. Dla uczestników konkursu oczywistym powinno być, iż konsekwencją niedochowania tych terminów będzie odrzucenie odwołania przez Izbę. Przyjęcie stanowiska odmiennego, o co postulował Odwołujący, doprowadziłoby do sytuacji, w której decyzje Zamawiającego zawsze mogłyby być skutecznie kwestionowane, o ile tylko wykonawca powziąłby informację o podstawach dla stawianych przez siebie zarzutów w terminie późniejszym, niż termin ustalony od dnia przesłania wykonawcom informacji o dokonaniu czynności przez Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego stanowisko takie nie zasługuje na uznanie. Tym samym nie mogła znaleźć zrozumienia Izby argumentacja Odwołującego podnoszona w uzasadnieniu formułowanych przez niego zarzutów. Twierdził on, iż dopiero w dniu 27 lipca 2012 r. dowiedział się, iż Zamawiający nie udostępnił mu wszystkich niezbędnych dla sporządzenia pracy konkursowej dokumentów, a także, że zaniechał wykluczenia z udziału w konkursie wykonawcy: Biuro Projektów METROPROJEKT Sp. z o.o.

Mając na uwadze fakt, iż termin na wniesienie odwołania upłynął przed dniem 6 sierpnia 2012 r., zaś kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu faksem w tym właśnie dniu, Izba uznała, iż Odwołujący nie wypełnił obowiązku nałożonego na niego na podstawie art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) i 7) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....