

POSTANOWIENIE
z dnia 17 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym, bez udziału stron, w dniu 17 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020 r. przez **SEEN Technologie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu**.

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Hidrofilt Water Treatment Ltd. z siedzibą w Nagykanizsa, Hungary

orzeka:

- 1. odrzuca odwołanie.**
- kosztami postępowania obciąża **SEEN Technologie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- zasądza od **SEEN Technologie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zakładu Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu** **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu - prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia dla zadania „Budowa ujęcia wody powierzchniowej, przesyłu wody surowej oraz układu uzdatniania wraz z odsalaniem i infrastrukturą towarzyszącą dla zaopatrzenia w wodę m. Świnoujście. Zakład Wydrzany II - realizacja zadania w trybie zaprojektuj i wybuduj”, z podziałem na część A i B. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w oparciu o przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13.03.2020r. pod poz. 2020/S 052-124521.

W dniu 6 lipca 2020r. Odwołujący - SEEN Technologie sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy tj. Hidrofilt Water Treatment Ltd. z siedzibą w Nagykanizsa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust 1 pkt 12 w zw. z 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 57 ust. 1 w zw. z art. 7. ust. 1 Pzp poprzez błędną ocenę wniosku Wykonawcy o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy, który nie wykazał spełniania określonych w pkt. VII.2.2. ppkt 2) ogłoszenia o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganych zdolności technicznych i zawodowych, zapewniających należyte wykonanie Zamówienia;
2. art. 57 ust. 2 Pzp poprzez zaproszenie Wykonawcy do złożenia oferty wstępnej pomimo, że z treści złożonego przez Wykonawcę wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynika, że nie spełnia on określonych w pkt. VII.2.2. ppkt 2) ogłoszenia o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganych zdolności technicznych i zawodowych, zapewniających należyte wykonanie Zamówienia;
3. art. 7 ust. 1 w zw. z 24 ust. 1 pkt 12 Pzp tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji może spowodować naruszenie art. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp w ten sposób, że zamówienie może zostać udzielone wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów Pzp;

Z ostrożności, gdyby Izba nie uznała zarzutów z pkt. 1-2 powyżej za uzasadnione Odwołujący wskazał na naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego wykazu wykonanych robót oraz załączonych referencji; a w konsekwencji prowadzenie postępowania w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności zaproszenia wykonawcy do złożenia oferty wstępnej;
2. ponowienia czynności oceny spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu;
3. wykluczenia wykonawcy z postępowania ewentualnie:
4. wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego wykazu wykonanych robót oraz załączonych referencji.

Odnosnie zachowania terminu do wniesienia odwołania - Odwołujący podniósł, że pismem z dnia 20.05.2020r. został zawiadomiony o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - Zamawiający poinformował, że Odwołujący spełnia określone w ogłoszeniu warunki i nie podał nazw innych wykonawców, dopuszczonych do dalszego udziału w postępowaniu. W dniu 19.06.2020r. Odwołujący, działając na podstawie art. 96 ust. 3 Pzp, wniósł o udostępnienie do wglądu złożonych w postępowaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami oraz towarzyszącą im korespondencją, wezwaniami i wyjaśnieniami. Zamawiający w dniu 26.06.2020r. udostępnił wnioskowane dokumenty w części dotyczącej złożonych wniosków (tj. bez informacji o wynikach dokonanej oceny spełniania przez konkurentów warunków udziału w postępowaniu). W wyniku czynności weryfikacji przekazanych dokumentów Odwołujący uzyskał wiedzę co do zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Wykonawcy pomimo, że z treści załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumentów tj. załącznika 2 nr 2 do ogłoszenia „Wykaz wykonanych robót” wynika, iż Wykonawca nie spełnia określonych w pkt. VII.2.2. ppkt 2) ogłoszenia o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganych zdolności technicznych i zawodowych, zapewniających należyte wykonanie Zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, termin na wniesienia odwołania winien być liczony od dnia w którym powzięto lub przy dochowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. W okolicznościach niniejszej sprawy za taki moment uznać należy dzień udostępnienia przez Zamawiającego wnioskowanych dokumentów z postępowania, z których wynikało niespełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz fakt niewykluczenia Wykonawcy.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o odrzucenie odwołania względnie jego oddalenie i zasądzenie od wykonawcy zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zastępstwa radcy prawnego w kwocie 3617zł, zgodnie ze fakturą którą załączył do pisma.

W zakresie zachowania terminu na wniesienie odwołania - wskazał, że w dniu 20.05.2020r. na podstawie art. 57 ust. 1 Pzp powiadomił wszystkich wykonawców o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Wykonawcy zostali powiadomieni, że spełniają warunki udziału w postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego brak jest przepisów, które nakazywałyby powiadomienie wykonawców o innych wykonawcach, którzy zostali dopuszczeni do dalszego udziału w postępowaniu. Powiadomienie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu winni być dla wykonawców sygnałem o zakończeniu przez Zamawiającego etapu oceny wniosków Zamawiający, zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp, nie mógł ujawnić informacji o wnioskach innych wykonawców, gdyż wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu są jawne od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał także, że w dniu 29.05.2020r. wezwał wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia do złożenia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp. W piśmie tym Zamawiający wskazał wszystkich wykonawców, którzy złożyli ważne wnioski i podał, że wykonawcy Ci złożyli ważne wnioski. Zdaniem Zamawiającego był to sygnał dla wykonawców, że proces oceny przez Zamawiającego spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu został zakończony a wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały przeanalizowane pod względem formalnym i merytorycznym. Wykonawcy, w tym Odwołujący złożyli oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej w dniu 1.06.2020r.

Zamawiający, wskazując na powyższe ustalenia, stwierdził, że Odwołujący przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o treści wniosków już z dniem 22.05.2020r. tj. z dniem zawiadomienia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Z tym dniem wykonawca mógł zwrócić się z wnioskiem o udostępnienie wniosków innych wykonawców i zweryfikować prawidłowość czynności Zamawiającego. Kolejnym momentem, w którym Odwołujący mógł zapoznać się z wnioskami to dzień wysłania wezwania o złożenie oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp - czyli 29.05.2020r.

W konsekwencji, Zamawiający stwierdził, że wykonawca mógł powziąć wiadomość o innych wykonawcach z dniem, kiedy został powiadomiony o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Informacja o spełnieniu warunków w postępowaniu została dostarczona wykonawcom w dniu 22.05.2020r, zatem termin na wniesienie środka odwoławczego

w zakresie zaniechania wykluczenia wykonawców upłynął w dniu 2.06.2020r. Z ostrożności, wskazał, że nawet gdyby uznać, że termin na złożenie odwołania zaczyna biec od dnia otrzymania wezwania do złożenia oświadczenia dot. przynależności do grupy kapitałowej w dniu 29.05.2020r. (dzień powzięcia wiedzy o wszystkich wykonawcach, którzy złożyli ważne wnioski), to termin na wniesienie odwołania upłynął z dniem 9.06.2020r. Wniesienie odwołania w dniu 6.07.2020r należy uznać za dokonane z naruszeniem terminu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba po przeprowadzeniu posiedzenia niejawnego bez udziału stron, w oparciu do dokumentację postępowania o zamówienie publiczne, dostarczoną przez Zamawiającego, ustaliła co następuje:

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem. W dniu 20.05.2020r. Zamawiający, na podstawie art. 57 ust. 1 Pzp, powiadomił wszystkich wykonawców o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Zawiadomienie skierowane do każdego z wykonawców zawierało informację, iż dany wykonawca, do którego kierowane było pismo spełnia określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający poinformował, że zaproszenie do składania ofert wstępnych zostanie przekazane odrębną korespondencją.

W dniu 29.05.2020r. Zamawiający, powołując się na art. 24 ust. 11 Pzp oraz pkt VIII.6 ogłoszenia, wezwał wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia do złożenia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp. W piśmie Zamawiający podał, że ważne wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie części B złożyli wykonawcy: SEEN Technologie sp. z o.o. (wniosek nr 1), Envirotech sp. z o.o. (wniosek nr 3) oraz Hidrofit Water Treatment Ltd (wniosek nr 4).

W dniu 29.05.2020r. Odwołujący złożył Zamawiającemu oświadczenie dotyczące przynależności do tej samej grupy kapitałowej, wskazując, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej z żadnym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu.

W dniu 19.06.2020r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów złożonych w postępowaniu, w tym wniosków o dopuszczenie do udziału wraz z wyjaśnieniami i wezwaniami. W dniu 25.06.2020r. Zamawiający przestał Odwołującemu żądane dokumenty, w tym wnioski o dopuszczenie do udziału wraz z ich uzupełnieniami, złożonymi w toku oceny wniosków.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp z uwagi na to, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem 10 - dniowego terminu do jego wniesienia.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 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. 180 ust. 5 zdanie drugie 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 Pzp.

Negocjacje z ogłoszenie to tryb wieloetapowy, w którym w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Co do zasady, w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem termin na wniesienie odwołania na zaniechanie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu z uwagi na niespełnienie przez niego warunków podmiotowych określonych w ogłoszeniu o zamówieniu należy liczyć od daty poinformowania przez zamawiającego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W rozpatrywanym stanie faktycznym czynność ta miała miejsce dnia 20.05.2020r., tj. dnia, w którym zamawiający przekazał wykonawcom informację o spełnieniu przez nich warunków udziału w postępowaniu. Jakkolwiek, w ocenie Izby, informacja przekazana przez zamawiającego w dniu 20.05.2020r. nie spełniała wymagań określonych w art. 57 ust. 1 Pzp, bowiem nie zawierała nazw wykonawców, dopuszczonych do udziału w postępowaniu, to jednak zauważyć trzeba, że czynność poinformowania o wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowania winna być już sygnałem dla wykonawcy, że zamawiający zakończył etap oceny ofert. W takiej sytuacji wykonawca, działając z należytą starannością winien już wówczas wystąpić o udostępnienie wniosków jego konkurentów i przy zachowaniu ustawowego terminu skorzystać ze środków ochrony prawnej, podnosząc zaniechanie wykluczenia innych wykonawców z udziału w postępowaniu.

Nawet, gdyby jednak przyjąć, że z uwagi na brak podania wyczerpującej informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, skorzystanie ze środków ochrony prawnej było dla Odwołującego utrudnione, to zauważyć trzeba, że w dniu 29.05.2020r. Zamawiający w piśmie wzywającym do złożenia oświadczenia w sprawie grupy kapitałowej, wymienił już wszystkich wykonawców, którzy złożyli ważne wnioski o

dopuszczenie do udziału i zostali zaproszeni do dalszego udziału w postępowaniu. Zatem, najpóźniej od tego dnia (29.05.2020r.) Odwołującemu znany był już krąg podmiotów zaproszonych do dalszego udziału w postępowaniu w trybie negocjacji z ogłoszeniem.

Niezasadnym jest stanowisko Odwołującego, że termin na wniesienie odwołania należy liczyć od dnia zapoznania się wykonawcy z dokumentacją postępowania o zamówienie publiczne, co w rozpatrywanym stanie faktycznym miało miejsce dopiero dnia 25.06.2020r. Terminy na wniesienie środków ochrony prawnej są związane z kolejnymi czynnościami, podejmowanymi przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Przyjęcie za słuszne stanowiska Odwołującego oznaczałoby, że termin na skorzystanie ze środka ochrony prawnej jest zależy od działania samego wykonawcy, który w dowolnym, dogodnym dla siebie terminie może wystąpić do zamawiającego o udostępnienie dokumentacji.

Terminy wyznaczone ustawą na wnoszenie środków ochrony prawnej wobec czynności lub zaniechań zamawiającego mają charakter terminów zawitych i nie podlegają przywróceniu. Upływ terminu skutkuje utratą prawa do podnoszenia zarzutów i stanowi przeszkodę do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz.U. 2018, poz. 1092) oraz art. 191 ust. 1 Pzp postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600zł, zgodnie z fakturą załączoną do odpowiedzi na odwołanie.

Przewodniczący:

.....