

POSTANOWIENIE
z dnia 6 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Daniel Konicz
Paweł Trojan

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego **6 lutego 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 stycznia 2017 r.

przez wykonawcę: **Instytut Energetyki Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja układów wzbudzenia generatorów TGH-120 nr 7, 8, 9, 10 zainstalowanych w Elektrociepłowni Siekierki w Warszawie* (nr postępowania 16DFZZ236)

prowadzonym przez zamawiającego: **PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **ENERGOTEST sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. Odrzuca odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Instytut Energetyki Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** 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 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie

Sygn. akt KIO 166/17

7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm. {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”}) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na usługi pn. *Modernizacja układów wzbudzenia generatorów TGH-120 nr 7, 8, 9, 10 zainstalowanych w Elektrociepłowni Siekierki w Warszawie* (nr postępowania 16DFZZ236). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2016/S_141-256130 23 lipca 2016 r. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

26 stycznia 2017 r. Odwołujący – Instytut Energetyki Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Instytut”} – wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp lub przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L Nr 94, str. 65) {dalej również: „dyrektywa 2014/24/UE” lub „dyrektywa sektorowa”} {lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp – przez ich zastosowanie pomimo braku podstaw faktycznych i prawnych do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą.
2. Pkt 84 preambuły, pkt 85 preambuły, art. 59 ust. 4 dyrektywy sektorowej – przez ich niezastosowanie w sytuacji, w której znajdowały one zastosowanie.
3. Art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp w zw. z art. 59 ust. 4 i pkt 84 oraz 85 preambuły dyrektywy sektorowej w zw. z art. 24 ust. 6 pkt 5 ustawy o instytutach badawczych (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 371 ze zm.) {dalej również: „ustawa o instytutach badawczych”} – przez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu i uznanie złożonej przez niego oferty za odrzuconą pomimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych.

4. Art. 7 ust. 1 pzp – przez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu i uznanie złożonej przez niego oferty za odrzuconą z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.
5. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 pzp – przez dokonanie wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza i niedokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej z 17.01.2017 r., wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołanie zawiera również sprecyzowanie okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania w powyższym zakresie.

W ramach wykazania spełnienia przesłanek formalnych dla wniesienia odwołania Odwołujący, jak stwierdził, z daleko posuniętej ostrożności zastrzegł, że choć w ramach tego postępowania o udzielenie zamówienia Krajowa Izba Odwoławcza wydała 7 grudnia 2016 r. wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 2213/16, odwołanie nie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią tego wyroku, wobec czego nie zachodzi przypadek, o którym mowa w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp.

Odwołujący zrelacjonował, że wyrokiem tym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego Energotest sp. z o.o. z postępowania oraz unieważnienia postępowania, a także powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego Energotest. Następnie w ramach czynności z 17 stycznia 2017 r. Zamawiający obok wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Energotest, także *podjął decyzję wykluczeniu Instytutu Energetyki oraz podjął decyzję, o odrzuceniu oferty firmy Instytut Energetyki.*

Zdaniem Odwołującego takie działanie Zamawiającego było w pełni uzasadnione i uprawnione, gdyż Izba w wyrokach (w odwołaniu wskazano i zacytowano fragmenty wyroków wydanych: 9 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 2037/12, KIO 2047/12), 23 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1939/10) oraz 22 lipca 2015 r. (sygn. akt KIO 1447/15) wskazywała w szczególności, że zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Izby albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej już minął.

Odwołujący podsumował, że mając na uwadze powyższe, Zamawiający, który po raz pierwszy dokonał czynności badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, powinien dokonać tego wyboru z uwzględnieniem oferty Odwołującego, gdyż w przeciwnym razie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.3 ustawy pzp.

Pismem z 27 stycznia 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 26 stycznia 2017 r. przekazał faksem treść odwołania pozostałym wykonawcom.

30 stycznia 2017 r. wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej zgłoszenie przez Energotest przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zawierające wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 185 ust. 6 pzp.

Na podstawie treści odwołania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia

Izba ustaliła, co następuje:

15 listopada 2016 r. Zamawiający zawiadomił obydwu wykonawców uczestniczących w postępowaniu o jego unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2 pzp z uwagi na fakt, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Następnie Zamawiający podał, że podjął decyzję o wykluczeniu zarówno Instytutu Energetyki, jak i Energotestu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, a w konsekwencji o odrzuceniu złożonych przez nich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp.

Jako podstawę faktyczną wykluczenia Energotestu Zamawiający wskazał niewykazanie wykonania samodzielnego w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwóch zamówień polegających każdorazowo na wykonaniu i uruchomieniu jednego statycznego układu wzbudzenia na bloku o mocy minimum 100 MW.

Z kolei jako postawę wykluczenia Instytutu Zamawiający wskazał niezłożenie aktualnej na dzień składania ofert informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Dyrektora T. G. .

W reakcji na powyższe zawiadomienie odwołanie tylko Energotest wniósł odwołania od unieważnienia postępowania i wykluczenia go z postępowania. Instytut nie zgłosił również przystąpienia do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem Energotestu.

Wyrokiem z 7 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2213/16 Izba uwzględniła powyższe odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności

wykluczenia odwołującego Energotest z postępowania oraz unieważnienia postępowania, a także powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego Energotest.

17 stycznia 2017 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Energotest, jednocześnie powtarzając słowo w słowo treść zawiadomienia z 15 listopada 2016 r. w odniesieniu do wykluczenia Instytutu i odrzucenia jego oferty.

Reasumując, Izba ustaliła, że zawiadomienie z 17 stycznia 2017 r. wynika wyłącznie z wykonania powyższego wyroku Izby, w szczególności Zamawiający nie podejmował żadnych czynności względem Instytutu w ramach tzw. autokontroli decyzji z 15 listopada 2017 r. o wykluczeniu go z postępowania i odrzucenia jego oferty.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu.

Art. 189 ust. 2 ustawy pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie, na mocy art. 189 ust. 4 pzp, Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu.

W tej sprawie wypełniona została przesłanka odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie pzp.

Według art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 pzp – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp.

Z kolei zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone 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 pzp – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania.

Zawiadomienie z 17 stycznia 2017 r. stanowi jedynie dopełnienie obowiązku, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pzp, nakazującego zamawiającemu niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadomienie wykonawców, którzy złożyli ofertę, nie tylko o wyborze najkorzystniejszej oferty (pkt 1), ale także o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni lub ich oferty zostały odrzucone, w każdym przypadku z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego (odpowiednio pkt 3 i 2). Skoro Zamawiający przy okazji powtórzenia

czynności nakazanego wyrokiem Izby nie zmienił swojej decyzji o wykluczeniu Instytutu, a tym samym odrzuceniu jego oferty, termin na wniesienie odwołania od tych czynności, liczony w sposób, którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp, upłynął 25 listopada 2016 r. i nie podlega przywróceniu, gdyż ma charakter zawity.

W okolicznościach sprawy zupełnie nieadekwatne jest powoływanie się przez Odwołującego na orzecznictwo Izby dotyczące uprawnienia zamawiającego w trybie tzw. autokontroli do uchylenia swoich uprzednich czynności, nawet jeżeli wykonawcom upłynął już termin na ich zaskarżenie, jeżeli stwierdzi, że były one niezgodne z przepisami pzp i jest to konieczne dla dokonania wyboru oferty w zgodzie z tymi przepisami. Zamawiający w prowadzonym postępowaniu uchylił lub zmienił swoje uprzednie czynności w takim zakresie, w jakim wynikało to z uwzględnienia odwołania Energotestu, czyli unieważnił jego wykluczenie oraz odrzucenie jego oferty, a w związku z tym odpadła podstawa do unieważnienia postępowania, a zamiast tego oferta ta jako jedyna niepodlegająca odrzuceniu została uznana za najkorzystniejszą.

W orzecznictwie Izby wskazuje się, że z przepisów ustawy pzp można wyprowadzić zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, która nakłada na każdego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek aktywnego uczestnictwa w procedurach wnoszenia środków ochrony prawnej i stawiania zarzutów zamawiającemu. Koncentracja taka ma ułatwić i przyspieszyć racjonalne wydawanie środków publicznych, w oparciu o umowy zawarte z wykonawcami, których oferty uznane zostały za najkorzystniejsze, tym samym odpowiada podstawowemu postulatowi prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Realizując postulat szybkości postępowania i spójności jego wyniku, ustawodawca nakazał, aby wszystkie czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie, wykonywać jednocześnie, przy czym dotyczy to zwłaszcza zgłaszania zarzutów wobec podejmowanych czynności i zaniechań zamawiającego. Za niedopuszczalną uznano sytuację, w której wykonawca w kolejnym odwołaniu przywołuje okoliczności, które mógł ujawnić po pierwszym badaniu i ocenie ofert. W tym sytuacji, w której wykonawca niezadowolony z wyniku postępowania, po nakazanej z innych względów ponownej ocenie ofert, wynajdował coraz to nowe przyczyny służące jako podstawa do wnoszenia kolejnych odwołań {por. uzasadnienie postanowienia z 11 grudnia 2014 r. (sygn. akt KIO 2523/14), w którym powołano się na liczne inne orzeczenia Izby}.

Wobec stwierdzenia zajścia przesłanki odrzucenia odwołania, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obowiązkowemu odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Z tego względu, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1

zdanie 2 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy pzp – odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Przystępującego .

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 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) w związku z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis od odwołania.

Przewodniczący: