

Sygn. akt: KIO 2098/15

POSTANOWIENIE
z dnia 6 października 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 października 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2015 roku przez wykonawcę **AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie**

przy udziale wykonawcy **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** 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 2013 r. poz. 907 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:

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie – prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn. „Zaprojektowanie i budowa obwodnicy miasta Sanok w ciągu drogi krajowej nr 28 Zator-Medyka długości ok. 7 km”*. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 stycznia 2015 roku pod numerem 2015/S 003-003348. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający dnia 12 sierpnia 2015 r. poinformował uczestników postępowania o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MGGP S.A. z zaoferowaną ceną brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia w kwocie 11.470.426,50 zł. Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na niewykazanie warunków dotyczących braku podstaw do wykluczenia w zakresie karalności określonych osób.

W dniu 21 sierpnia 2015 roku inny wykonawca - Promost Consulting Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 91 ust. 1 oraz art. 96 ust 3 w zw. z art. 8 ust 1 ustawy Pzp. Kwestionowano między innymi utajnienie metodyki przez wybranego wykonawcę MGGP. Odwołujący AECOM nie zakwestionował swojego wykluczenia przez złożenie w postępowaniu odwołania, nie zgłosił również przystąpienia do postępowania odwoławczego po żadnej ze stron.

7 września 2015 roku Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem o sygn. akt KIO 1827/15 oddaliła złożone odwołanie, co oznacza, że wynik prowadzonego postępowania stał się ostateczny, a Zamawiający uprawniony był do zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Orzeczenie Izby nie zostało przez żadną ze stron zaskarżone.

Następnie, w dniu 17 września 2015 roku Zamawiający poinformował wykonawców, że unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, czynność wykluczenia obecnie odwołującego się wykonawcy AECOM oraz powtarza czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty tego wykonawcy. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że podjął

tę decyzję w związku z wyrokiem KIO o sygn. akt KIO 1822/15 z dnia 1 września 2015 roku dotyczącym postępowania prowadzonego przez Oddział w Białymstoku, w którym uznano wykluczenie obecnie Odwołującego się na tożsamy podstawach prawnych i faktycznych jak w przedmiotowym postępowaniu za nieprawidłowe.

W dniu 28 września Odwołujący AECOM złożył swoje odwołanie kwestionując wybór oferty najkorzystniejszej, utajnienie metodyki przez wybranego wykonawcę, a także otrzymaną przez Odwołującego punktację za ocenę jego metodyki przy ocenie ofert.

Powyższy stan faktyczny ustalono na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez Zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1827/15, w tym w szczególności: protokołu postępowania, postanowień ogłoszenia o zamówieniu, rozstrzygnięcia postępowania z 12 sierpnia 2015 r., dowodów przekazania ww. rozstrzygnięcia, informacji o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 17 września 2015 r., a także odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego przystępującego MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie. Przystąpienie spełniało przesłanki formalne, wniesione zostało w ustawowym terminie 3 dni, jego kopia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

W ocenie Izby odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w świetle którego *Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

Odwołujący AECOM wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym domaga się nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności polegających na wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy MGGP; ujawnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty MGGP stanowiących metodykę; nakazania Zamawiającemu ponownej oceny ofert w postępowaniu oraz nakazania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Przy czym Odwołujący w odwołaniu nie wspomniał, że decyzja Zamawiającego zapadła po wydaniu przez Izbę orzeczenia merytorycznego o charakterze ostatecznym, a przywrócenie Odwołującego do postępowania było wynikiem działań Zamawiającego związanych z innym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, które prowadził inny oddział Zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby nie ulega wątpliwości, że o niewykonaniu przez Zamawiającego czynności odtajnienia oferty MGGP Odwołujący powziął wiadomość już na podstawie zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej przekazanego mu przez Zamawiającego w dniu 12 sierpnia 2015 r. Znana była mu treść oferty tego wykonawcy i przyznana mu punktacja. Co więcej, Odwołujący był wykonawcą wykluczonym z postępowania, czego w żaden skuteczny wówczas sposób nie zanegował. Oznacza to, że aby skutecznie kwestionować wybór oferty najkorzystniejszej, musiałby przede wszystkim kwestionować swoje wykluczenie, ponieważ to ta decyzja Zamawiającego z punktu widzenia Odwołującego była dla bytu jego oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kluczowa.

Z tą więc chwilą rozpoczął się dla Odwołującego bieg terminu na wniesienie odwołania. Podkreślić należy w tym miejscu, że zgodnie z poglądem jednolicie reprezentowanym w orzecznictwie Izby, jak i sądów sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby, termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu zawitego, niepodlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie. Dostrzec jednocześnie należy, że wygaśnięcie prawa do wniesienia odwołania następuje automatycznie wskutek upływu terminu określonego w ustawie Pzp, niezależnie od przyczyn dla których wykonawca nie decyduje się na wniesienie odwołania.

Zdaniem Izby, zawiadomienie Zamawiającego o dokonaniu nowego wyboru oferty najkorzystniejszej przekazane Odwołującemu 17 września 2015 roku, nie zawiera żadnej nowej okoliczności, istotnej z punktu widzenia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, która uzasadniałaby liczenie terminu do wniesienia odwołania od dnia przesłania nowego rozstrzygnięcia postępowania. Nie zmieniła się ani treść kwestionowanych ofert, ani treść SIWZ ani ocena Zamawiającego co do zgodności tych ofert z SIWZ i przyznanej punktacji ofercie najkorzystniejszej. Stan opisany w odwołaniu, polegający na zaniechaniu odtajnienia oferty MGGP z przyczyn wskazywanych w odwołaniu, istniał już w dniu zawiadomienia o pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej. Co więcej, zarzut tożsamy rozstrzygnięty został przez Izbę w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1827/15, gdzie Izba potwierdziła, że dokument metodyki może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i utrzymała w mocy decyzję o jego utajnieniu.

Zgodnie ze znajdującym zastosowanie w analizowanej sprawie przepisem art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli zawiadomienie to

zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp i jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 12 sierpnia 2015 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu zawiadomienie o tym, że dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej, w którym przyznawał punktację ofercie obecnie kwestionowanej przez Odwołującego, co oznaczało iż Zamawiający nie dostrzegł powodów do odrzucenia tej oferty, odtajnienia jej części, czy też przyznania jej innej punktacji. Co ważniejsze jednak, owo zawiadomienie o wyniku postępowania zawierało szczegółową argumentację Zamawiającego powodów, dla których Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania. Zatem termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania czynności odtajnienia ofert i nieuprawnionego wykluczenia z postępowania upłynął Odwołującemu w dniu 22 sierpnia 2015 r. Wówczas Odwołujący uprawniony był do korzystania ze środków ochrony prawnej w postaci wniesienia odwołania na czynności i zaniechania Zamawiającego. Jeżeli Odwołujący prezentował stanowisko, że postępowanie prowadzone było z naruszeniem zasad i przepisów ustawy Pzp, a ocena ofert w postępowaniu odbyła się w sposób nieprawidłowy, winien był postępowanie takie kwestionować. Tymczasem Odwołujący wniósł odwołanie dopiero w dniu 28 września 2015 roku. Zdaniem Izby informacja o wyniku postępowania z dnia 17 września 2015 roku nie otwiera ponownie Odwołującemu drogi do kwestionowania czynności Zamawiającego. Przede wszystkim zauważyć należy, że decyzja Zamawiającego związana była z zupełnie innym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, a także z zupełnie innym postępowaniem odwoławczym. Nie istniały więc żadne obiektywne okoliczności, które pozwalałyby przyjąć za słuszną postawę, iż wystarczającym jest wniesienie odwołania w zakresie niesłusznego wykluczenia tylko w jednym z prowadzonych postępowań, a rozstrzygnięcie Izby zostanie zastosowane do pozostałych przetargów Zamawiającego. Dostrzeżenia także wymaga, że decyzja Zamawiającego datowana jest po wydaniu przez Izbę wiążącego wyroku oddalającego w tym postępowaniu, który czynił postępowanie merytoryczne ostatecznym. Odwołujący nie mógł przypuszczać, że w wyniku innych postępowań odwoławczych Zamawiający zweryfikuje swoją decyzję w stosunku do wykonawcy także w innych prowadzonych postępowaniach. Każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było przez innego oddziały Zamawiającego i jest odrębnym bytem, w każdym zatem należało zakwestionować decyzję Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania. Już bowiem w wyniku pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołujący zobowiązany był zabezpieczać swoje interesy i ofertę w postępowaniu przez wniesienie odwołania, czego nie uczynił.

Izba podziela i przyjmuje za własne stanowisko wynikające z postanowienia KIO z dnia 21 sierpnia 2015 roku o sygn. akt KIO 1714/15, które zapadło w zbliżonym stanie faktycznym.

Reasumując, należało uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 28 września 2015 roku było odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, niepodlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało charakteru merytorycznego rozstrzygnięcia przedmiotu sporu, a odnosiło się do zbadania formalnych przesłanek skuteczności złożonego środka ochrony prawnej, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym. W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie tak Izby, jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania Odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Przewodniczący: