

Sygn. akt: KIO 1045/12

POSTANOWIENIE
z dnia 13 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Agnieszka Bartczak-Żuraw
Członkowie:	Emil Kuriata
	Renata Tubisz
Protokolant:	Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniach 6 i 13 czerwca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum - Control Process S.A. (lider), ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, CP Trade sp. z o.o., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, INITEC ENERGIA S.A., C/Via de los poblados 9-11 Edificio Trianon C, 28033 Madryt, Hiszpania** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. 1 Maja 63, 97-400 Bełchatów**

przy udziale:

- 1) **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum - Abener Energia S.A., c-Energia Solar, 1, Palmas Altas, edif. C-1 Planta 41014 Sewilla, Hiszpania, Abener Ghenova Ingenieria S.L., c-Energia Solar, 1, Palmas Altas, edif. A-1 Planta 41014 Sewilla, Hiszpania (adres do doręczeń: Abener Energoprojekt Gliwice S.A., ul. Zygmunta Starego 11, 44-101 Gliwice),**
- 2) **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum-Polimex-Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa, Ansaldo Energia S.p.A., Via Nicola Lorenzi 8, 16152 Genua, Włochy**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum - Control Process S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, CP Trade sp. z o.o., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, INITEC ENERGIA S.A. , C/Via de los poblados 9-11 Edificio Trianon C, 28033 Madryt, Hiszpania** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum - Control Process S.A. (lider), ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, CP Trade sp. z o.o., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, INITEC ENERGIA S.A. , C/Via de los Poblados 9-11 Edificio Trianon C, 28033 Madryt, Hiszpania** 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 Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. 1 Maja 63, 97-400 Bełchatów (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pod nazwą „Budowa nowego bloku gazowo-parowego w PGE GiEK SA Oddział Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz” (dalej „Postępowanie”). Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę wyższą niż wyrażona w złotych równoważącą kwotę określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 grudnia 2011 r. pod Nr 2011/S 246-399911 (dalej „Ogłoszenie”).

W dniu 22 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Control Process S.A. (lider), ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, CP Trade sp. z o.o., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, INITEC ENERGIA S.A., C/Via de los poblados 9-11 Edificio Trianon C, 28033 Madryt, Hiszpania (dalej „Odwołujący”) na czynność Zamawiającego w postaci wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu. Odwołujący wskazywał, iż powziął informację o czynności Zamawiającego 10 maja 2012 r. - wskutek doręczenia przez Zamawiającego drogą elektroniczną pisma z 9 maja 2012 r. (znak: FZ/FZZ/651/2012) - Informacja o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Czynności i zaniechaniu Zamawiającego zarzucał naruszenie:

1. art. 57 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie błędnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego polegającej na uznaniu za spełniających kryteria wyłącznie trzech z zamówień zawartych w wykazie zrealizowanych zamówień z zakresu budowy bloku gazowo-parowego w formule „pod klucz”,
2. art. 8 ust. 1 i art. 9 ust. 1 w związku z art. 57 ustawy Pzp, a także w związku z art. 96 ustawy Pzp oraz § 2 pkt 15 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. Nr 223, poz. 1458) poprzez brak uzasadnienia oceny warunków udziału w postępowaniu w informacji o wynikach oceny z dnia 9 maja 2012 roku, poprzez udostępnienie niekompletnego protokołu z przebiegu postępowania i nieujawnienie w protokole informacji o przebiegu oceny wniosków o dopuszczenie do

udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym wnosił o:

1. merytoryczne rozpatrzenie odwołania;
2. unieważnienie czynności Zamawiającego z 9 maja 2012 r. dotyczącej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków skutkującej wykluczeniem Odwołującego z Postępowania;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny złożonych wniosków z uwzględnieniem wniosku złożonego przez Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, co następuje.

- I. Zarzut dokonania błędnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego polegającej na uznaniu za spełniających kryteria wyłącznie trzech z zamówień zawartych w wykazie zrealizowanych zamówień z zakresu budowy bloku gazowo-parowego w formule „pod klucz”

Zamawiający uznał, że wyłącznie trzy z zamówień zawartych w wykazie Odwołującego w zakresie zrealizowanych zamówień w zakresie zaprojektowania, dostarczenia, montażu i uruchomienia zakończonego przejęciem do eksploatacji kompletnego bloku gazowo-parowego opalanego gazem ziemnym o mocy minimum 160 MWe brutto, spełniają warunki określone w sekcji III.2.3) (dalej również „budowa bloku gazowo-parowego w formule „pod klucz””) pkt 1 ppkt a i przyznanie w tej kategorii Odwołującemu tylko 6 punktów zamiast 10 punktów. Zgodnie z treścią Ogłoszenia (sekcja III.2.3) jednym z warunków udziału w postępowaniu było wykazanie się przez wykonawców zdolnością techniczną polegającą na:

- zrealizowaniu przynajmniej 3 (trzech) zamówień w formule "pod klucz", których zakres przedmiotowy obejmował: zaprojektowanie, dostarczenie, montaż i uruchomienie zakończone przejęciem do eksploatacji kompletnego bloku gazowo-parowego opalanego gazem ziemnym o mocy minimum 160 MWe brutto w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy, to w tym okresie (sekcja III.2.3.pkt 1).

Równocześnie Zamawiający wymagał celem potwierdzenia zrealizowania wyżej wymienionych prac, przedłożenia ich wykazu, wraz z podaniem szeregu informacji dotyczących poszczególnych zadań:

- nazwę wykonawcy lub wykonawców zamówienia wraz z określeniem zakresu prac wykonanych przez każdego z nich,
- nazwę, adres i dane teleadresowe zamawiającego oraz użytkownika bloku gazowo-parowego,
- moc elektryczną brutto bloku [MWe],
- moc cieplną bloku dotyczącą pracy kogeneracyjnej bloku gazowo-parowego [MWt],

- rodzaj paliwa spalane w bloku,
- okres realizacji w pełnych miesiącach, od daty podpisania kontraktu do daty przekazania bloku gazowo-parowego do eksploatacji, oraz datę oddania do eksploatacji bloku gazowo-parowego,
- wykaz systemów zarządzania stosowanych w czasie realizacji zamówienia

Dodatkowo do wykazu Zamawiający kazał załączyć dokumenty potwierdzające, że zamówienia te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (np. listy referencyjne, opinie użytkowników, protokoły odbioru).

Zamawiający wskazał (pkt VI.3 Ogłoszenia), że do składania ofert zaproszonych zostanie 5 Wykonawców, którzy uzyskają najwyższe oceny za spełnienie warunku zdolności technicznej określonej w sekcji III 2.3) przy czym zdolność techniczna oceniana będzie wg następującego klucza:

- za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania określone w sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt a) (budowy bloku gazowo-parowego w formule „pod klucz”) przyznane zostaną 2 (dwa) punkty, jednak nie więcej niż 20 punktów,
- za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania określone w sekcji III.2.3) pkt 2 ppkt a) (dostawa i serwisowanie turbiny gazowej) - 1 (jeden) punkt, jednak nie więcej niż 10 punktów,
- za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania określone w sekcji III.2.3) pkt 2 ppkt b) (długoterminowa usługa serwisowa turbiny gazowej) -1 (jeden) punkt, jednak nie więcej niż 10 punktów.

Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku kwalifikacji technicznych polegającego na zrealizowaniu przynajmniej 3 (trzech) zamówień w formule "pod klucz", których zakres przedmiotowy obejmował: zaprojektowanie, dostarczenie, montaż i uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji kompletnego bloku gazowo-parowego opalanego gazem ziemnym o mocy minimum 160 MWe brutto przedłożył wykaz przedmiotowych zadań w formie wypełnionego Załącznika nr 3A (dalej „Załącznik 3A”), do którego na stronach 55 -132 załączył dokumenty potwierdzające, iż zamówienia te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Zamawiający w piśmie: „Informacja o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” poinformował Odwołującego o dokonaniu ocen wniosków i o wynikach oceny. Odwołujący uzyskał 6 punktów z tytułu spełnienia warunku określonego w sekcji III.2.3) pkt 1 a - budowa bloku gazowo-parowego, 0 punktów z tytułu spełnienia warunku określonego w sekcji III.2.3) pkt 2a - dostawa i serwisowanie turbin gazowych i 0 punktów z tytułu spełnienia warunku określonego w sekcji III.2.3) pkt 2 b - długoterminowy serwis turbin gazowych. Tak przyznana punktacja uplasowała wniosek Odwołującego na 7 pozycji, podczas gdy warunkiem kwalifikacji było uzyskanie 10 punktów rankingowych. Odwołujący w dniu 10 maja 2012 roku zwrócił się do Zamawiającego o

udostępnienie protokołu wraz z wszystkimi wnioskami o udział w postępowaniu. Zamawiający udostępnił Odwołującemu wnioskowane dokumenty, z tym że Protokół postępowania zawierał 5 stron, bez wskazania które z zadań referencyjnych przedstawionych przez Wykonawców zostały uznane przez Zamawiającego, a zatem za które zadania referencyjne Wykonawcy otrzymali punkty na bazie których utworzono ranking klasyfikujący do etapu składania ofert. Na podstawie treści otrzymanego pisma „Informacja o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu”, treści wniosków złożonych przez pozostałych Wykonawców, a także znajomości aktualnego orzecznictwa KIO (np. wyrok KIO o sygnaturze akt KIO 331/12, KIO 333/12), Odwołujący wywnioskował, że przyznając punkty rankingowe Zamawiający za przedstawione zadania referencyjne podmiotów trzecich, które Wykonawcy przedstawili powołując się na zobowiązania owych podmiotów trzecich na podstawie art. 26 ust 2b, nie zostały przyznane punkty rankingowe, a jedynie stanowiły one o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Warto w tym miejscu przywołać fragment przywoływanego wyroku o sygnaturze akt KIO 331/12, KIO 333/12:

„(...) Izba przychyliła się do stanowisk Odwołujących, że przepis art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp pozwala na skorzystanie z zasobów podmiotów trzecich tylko w celu wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie jest dopuszczalne powołanie się na doświadczenie innego podmiotu, jeżeli to miałyby służyć wyłącznie otrzymaniu przez danego wykonawcę większej liczby punktów, a w konsekwencji wyższej pozycji w rankingu wykonawców.”

Jak wynika z powyższego, Zamawiający punkty rankingowe przyznawał jedynie za zadania referencyjne zrealizowane przez samego Wykonawcę, lub członków konsorcjum w przypadku gdy kilku wykonawców wspólnie ubiega się o udzielenie zamówienia.

W Załączniku 3A Odwołujący zamieścił 21 zadań referencyjnych, które odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, jakie zostały przedstawione w sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt a) Ogłoszenia, odpowiednio:

- a) 12 zadań wykonanych przez podmiot trzeci: General Electric International Inc,
- b) 4 zadania wykonane przez podmiot trzeci: Doosan Lentjes GmbH,
- c) 5 zadań wykonanych przez konsorcjanta: INITEC Energia S.A.

Wszystkie z zadań referencyjnych jakie zostały wykonane przez konsorcjanta INITEC Energia S.A., a więc:

- a) pozycja 17 z Załącznika 3A: Cartagena - blok 1,
- b) pozycja 18 z Załącznika 3A: Cartagena - blok 2,
- c) pozycja 19 z Załącznika 3A: Cartagena - blok 3,
- d) pozycja 20 z Załącznika 3A: Castelnou,
- e) pozycja 21 z Załącznika 3A: Cristobal Colon,

spełniają wymagania zamieszczone sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt a) Ogłoszenia, zarówno jeżeli

chodzi o zakres wykonania, a więc dotyczą one zaprojektowania, dostarczenia, montażu i uruchomienia zakończonego przejęciem do eksploatacji kompletnego bloku gazowo-parowego opalanego gazem ziemnym o mocy minimum 160 MWe brutto, jak i okresu realizacji - wszystkie zostały wykonane w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków.

Jak wynika z powyższego działanie Zamawiającego jest niezasadne, sprzeczne z art. 57 ust. 1, który to artykuł implikuje w sobie obowiązek dokonania oceny wniosków o udział w postępowaniu zgodnie z zasadami ujętymi w Ogłoszeniu, a więc na mocy owego artykułu Odwołujący powinien otrzymać zamiast 6 punktów rankingowych, odpowiednio punktów 10 za spełnienie warunku kwalifikacji technicznych polegających na wykazaniu się realizacją zadań polegających na budowie bloków gazowo-parowych „pod klucz”.

Ponadto w związku z zawartością dokumentacji z oceny wniosków jakie Odwołujący otrzymał od Zamawiającego, gdzie informacja o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu ograniczała się do wskazania liczby punktów w poszczególnych kategoriach warunków oraz sumy punktów, a więc informacja ta nie zawiera wskazania, które zamówienia Zamawiający ujął w rankingu (a więc przyznał za nie punkty rankingowe) a które nie wraz ze stosownym uzasadnieniem, Odwołujący nie może odnieść się do przeprowadzonej przez Zamawiającego oceny wniosków w sposób merytoryczny i zastosować stosownych środków ochrony prawnej jego interesów.

Konkludując z powyższego, poprawna ocena wniosku Odwołującego i poprawne przyznanie punktów zadaniom przedłożonym na potwierdzenie posiadanie kwalifikacji technicznych Odwołującego doprowadziłaby do przyznania Odwołującemu 10 punktów za spełnieniu warunku realizacji zadań polegających na budowie bloku gazowo-parowego w formule „pod klucz”, co przełożyło by się na 10 punktów rankingowych za całość wykazanego doświadczenia, i pozwoliłoby Odwołującemu na kwalifikację do etapu składania ofert.

Z powyższego względu Odwołujący domaga się nakazania Zamawiającemu ponownej oceny wniosków zgodnie z przepisem art. 57 ust. 2, art. 7 ust. 1 oraz z art. 26 ust. 3 i 4 jeśli zajdzie konieczność uzupełnienia lub wyjaśnienia treści wniosku w zakresie spełniania warunku posiadania kwalifikacji technicznych.

II. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 9 ust. 1 w związku z art. 57 ustawy Pzp, a także w związku z art. 96 ustawy Pzp oraz § 2 pkt 15 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. Nr 223, poz. 1458) poprzez brak uzasadnienia oceny warunków udziału w postępowaniu w informacji o wynikach oceny z dnia 10 maja 2012 roku, poprzez udostępnienie niekompletnego protokołu z przebiegu postępowania i nieujawnienie w protokole informacji o przebiegu oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie uczynił zadość obowiązkom wynikającym z art. 8 ust. 1 i 9 ust. 1 w związku z art. 57 ustawy Pzp, a także w związku z art. 96 ustawy Pzp oraz § 2 pkt 15 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. Nr 223, poz. 1458), ponieważ nie przedstawił Odwołującemu informacji dotyczących szczegółowej metodyki i kwalifikacji złożonych we Wniosku Odwołującego oraz innych wykonawców projektów przedstawionych na potrzeby kwalifikacji do udziału w Postępowaniu. Tym samym czynności Zamawiającego, które podlegają ocenie co do ich rzetelności w kontekście ustanowionych w Ogłoszeniu warunków udziału w Postępowaniu i sposobu ich oceny naruszają zasadę przejrzystości prowadzonego Postępowania i sprawiają, że podejmowanego przez niego decyzje mają lub mogą mieć arbitralny charakter a weryfikacja ich prawidłowości staje się - jeśli nie niemożliwa - to nadmiernie utrudniona i wymaga interwencji Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący stwierdzał, iż wnosi niniejsze odwołanie, bowiem jego interes w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie doznał uszczerbku w wyniku niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego. Uszczerbek Odwołującego polega na tym, że Odwołujący wskutek bezprawnych działań oraz zaniechań Zamawiającego utracił możliwość ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W świetle podniesionych w niniejszym piśmie argumentów Odwołujący niewątpliwie zostałby zakwalifikowany do udziału w Postępowaniu, gdyby Zamawiający czynił zadość nakazom uregulowanym przepisami ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze - wnosił jak w petitum.

Powyższe odwołanie przedłożone zostało wraz z pismem, w którym pełnomocnik Odwołującego wnosił o:

1. uznanie, że powyższe odwołanie zostało złożone w terminie,
2. ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia wniosku z pkt 1 powyżej – o przywrócenie terminu na złożenie powyższego odwołania.

Podnosił, iż termin do wniesienia odwołania na czynność Zamawiającego dotyczącą oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu upływał 21 maja 2012 r. (otrzymał pismo Zamawiającego z dnia 9 maja 2012 r. (znak: FZ/FZZ/651/2012) – Informacja o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu doręczona pocztą elektroniczną). Pełnomocnik Odwołującego wskazywał, że w dniu 21 maja 2012 r. około godziny 21.20 za pomocą elektronicznej skrzynki podawczej UZP i KIO wnosił w imieniu jego mandantów odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na powyższą czynność. Stwierdzał, iż z przyczyn, za które odpowiedzialności nie ponosi, a które leżą po stronie administratora systemu, przed godziną 22.00 zalogowanie do systemu przy użyciu loginu jak i kwalifikowanego certyfikatu nie było w ogóle możliwe. Z kolei po godzinie 22.00 na stronie internetowej elektronicznej skrzynki podawczej zamieszczono informację o następującej treści: „Przerwa techniczna – Uprzejmie

informujemy, że w dniu 21.05.2012 r. od godz. 22.00 do godz. 24.00 trwa przerwa techniczna związana z pracami serwisowymi. Przez ten czas portal ePUAP nie będzie dostępny” (dowód: zdjęcie strony internetowej elektronicznej skrzynki podawczej z godziny 22.10). Pomimo upływu terminu, do którego przewidziana była przerwa techniczna, w dalszym ciągu system odmawiał możliwości zalogowania się (dowód: zdjęcie strony internetowej skrzynki podawczej z godziny 00.09). W świetle powyższych okoliczności zdaniem pełnomocnika Odwołującego uznać należy, że odwołanie, które przedkładał wraz z przedmiotowym pismem, złożone zostało w terminie. W przypadku nieuznania przez Prezesa KIO lub KIO, iż odwołanie zostało wniesione w terminie, wnosił o przywrócenie terminu do złożenia odwołania. Stwierdził, iż oczywistym jest, mając na uwadze powyższe okoliczności, że reprezentowani przez niego wykonawcy pozbawieni zostali prawa do skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej z powodu okoliczności, za które odpowiedzialności ani bezpośrednio wykonawcy ani ich pełnomocnik nie ponoszą. Tym samym uzasadnione staje się żądanie przywrócenia terminu do wniesienia odwołania.

W dniu 22 maja 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 24 maja 2012 przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsorcjum - Stalbud Tarnów sp. z o.o., Mikołajewice 221, 33-121 Bogumiłowice i Tecnicas Reunidas S.A. C/Arapiles 13, 28015 Madryt, Hiszpania (dalej „Konsorcjum Stalbud Tarnów – Tecnicas Reunidas”). Zgłaszający przystąpienie wskazywał, że zważywszy na fakt złożenia przez niego odwołania oraz podniesione w nim zarzuty i żądanie Konsorcjum Stalbud Tarnów – Tecnicas Reunidas, zgłaszający przystąpienie liczy że wskutek jego uwzględnienia oraz uwzględnienia odwołania Odwołującego, zgłaszający przystąpienie Konsorcjum Stalbud Tarnów – Tecnicas Reunidas zostanie zakwalifikowany do dalszego etapu Postępowania.

W dniu 24 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Abener Energia S.A.(lider), c-Energia Solar, 1, Palmas Altas, edif. C-1 Planta 41014 Sewilla, Hiszpania, Abener Ghenova Ingenieria S.L., c-Energia Solar, 1, Palmas Altas, edif. A-1 Planta 41014 Sewilla, Hiszpania (adres do doręczeń: Abener Energoprojekt Gliwice S.A., ul. Zygmunta Starego 11, 44-101 Gliwice) (dalej "Konsorcjum Abener"). Zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż przystąpienie do odwołania odwoławczego zostaje dokonane w zakresie, w jakim odwołanie dotyczy przyznania niewłaściwej punktacji wnioskowi złożonemu przez Odwołującego. Mając na uwadze powyższe, wnosił o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów dotyczących przyznania niewłaściwej punktacji wnioskowi złożonemu przez Odwołującego - na podstawie

art. 192 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że podniesione zarzuty nie są zasadne. Wykazując interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgłaszający przystąpienie Konsorcjum Abener wskazywał, że zgodnie z przeprowadzoną przez Zamawiającego oceną wniosek złożony przez Konsorcjum Abener został sklasyfikowany na piątej pozycji, co zgodnie z treścią Ogłoszenia powoduje, że Konsorcjum Abener zostanie zaproszone do dalszego etapu Postępowania. Uwzględnienie odwołania w części dotyczącej przyznania niewłaściwej liczby punktów wnioskowi Odwołującego może spowodować, że wniosek Konsorcjum Abener zostanie sklasyfikowany poniżej 5 pozycji. W następstwie powyższego Konsorcjum Abener nie zostanie zaproszone do udziału w kolejnym etapie Postępowania. Jednocześnie rozstrzygnięcie odwołania na korzyść Zamawiającego umożliwi Konsorcjum Abener uniknięcie powyższych konsekwencji, a tym samym po jego stronie nie dojdzie do powstania szkody majątkowej związanej z utraconymi korzyściami, które mógłby osiągnąć, gdyby jego wniosek został dopuszczony do udziału w kolejnym etapie Postępowania, a następnie gdyby złożył najkorzystniejszą ofertę w Postępowaniu. Do zgłoszenia załączono dowody przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia Zamawiającemu i Odwołującemu.

W dniu 25 maja 2012 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Polimex-Mostostal S.A. (lider), ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa, Ansaldo Energia S.p.A., Via Nicola Lorenzi 8, 16152 Genua, Włochy (dalej „Konsorcjum Polimex-Mostostal-Ansaldo”). Zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż ma interes w oddaleniu odwołania i uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, ponieważ Odwołujący postawił zarzut błędnej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny wniosków. W przypadku zatem uwzględnienia odwołania i uznania za nieprawidłowe działań Zamawiającego Konsorcjum Polimex-Mostostal-Ansaldo może utracić szansę na udział w Postępowaniu i realizację zamówienia, a więc występuje ryzyko poniesienia szkody. Podnosił, że pojęcie interesu wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po jednej ze stron postępowania, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp podlega szerokiej interpretacji i nie powinno być kojarzone wyłącznie z interesem odwołującego wymienionym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Za taką interpretacją opowiedziała się KIO w wyroku z 9 listopada 2012 r. stwierdzając że interes wykonawcy w przystąpieniu do postępowania odwoławczego należy rozumieć jako „(...) jakkolwiek korzyść, jakieś dobro dla wykonawcy, które uzyska, jeśli strona, do której przystępuje, wygra postępowanie odwoławcze”. Ponadto, interes wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego nie musi być związany z konkretnym, toczącym się postępowaniem (tak: Patryka Mariusz Prz.Publ.2010.3.16, 112600/1).

Zgłaszający przystąpienie stał na stanowisku, że Zamawiający dokonał prawidłowej oceny wszystkich wniosków zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp a także Ogłoszeniem. Z uwagi na powyższe zgłaszający przystąpienie Konsorcjum Polimex-Mostostal-Ansaldo kwestionował zarzuty podniesione w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie w całości. Do zgłoszenia załączono dowody przekazania kopii zgłoszenia pr zystąpienia Zamawiającemu i Odwołującemu.

W dniu 24 maja 2012 r. Odwołujący został wezwany przez Prezesa KIO na podstawie art. 187 ust. 3 ustawy Pzp do usunięcia braków formalnych odwołania w postaci: odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego Control Process S.A., CP Trade Sp. z o.o., odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie INITEC Energia S.A. oraz dowodu przesłania kopii odwołania Zamawiającemu. W dniu 28 maja 2012 r. (27 maja – niedziela) za pomocą elektronicznej skrzynki podawczej na platformie ePUAP pełnomocnik Odwołującego uzupełnił braki formalne odwołania.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Abener i Konsorcjum Polimex-Mostostal-Ansaldo z uwagi na spełnienie przez nich warunków skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba nie uznała natomiast skuteczności przystąpienia Konsorcjum Stalbud Tarnów-Tecnicas Reunidas po stronie Odwołującego, przyjmując, iż zgłaszający przystąpienie nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, tj. interesu w uwzględnieniu odwołania. Zgłaszający przystąpienie Konsorcjum Stalbud Tarnów-Tecnicas Reunidas, uzasadniając istnienie interesu z uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, powołał się na wniesienie własnego odwołania oraz stwierdzał, iż uwzględnienie tego odwołania oraz uwzględnienie odwołania złożonego przez Odwołującego pozwoli mu na zakwalifikowanie się do grona wykonawców biorących udział w dalszym etapie Postępowania. W ocenie Izby okoliczności te są całkowicie od siebie niezależne. Uwzględnienie odwołania Konsorcjum Stalbud Tarnów-Tecnicas Reunidas skutkowałoby jego przywróceniem do Postępowania (został wykluczony z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, a zatem nie podlegał prekwalfikacji). Natomiast uwzględnienie przedmiotowego odwołania skutkować będzie uzyskaniem przez Odwołującego statusu zaproszonego do składania ofert wstępnych. Uwzględnienie odwołania wniesionego przez Odwołującego wydaje się zatem niekorzystne dla Konsorcjum Stalbud Tarnów-Tecnicas Reunidas, gdyż powoduje zakwalifikowanie się do grona

wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do dalszego etapu Postępowania, podmiotu, który wcześniej statusu takiego nie posiadał. Odwołujący stanie się zatem potencjalnym konkurentem Konsorcjum Stalbud Tarnów-Tecnicas Reunidas. Należy także nadmienić, iż zakresy odwołania wniesionego przez Konsorcjum Stalbud Tarnów-Tecnicas Reunidas i Odwołującego nie pokrywają się, toteż brak jest uzasadnienia opartego na przykład na popieraniu wspólnych zarzutów. Tym samym przytoczone przez Konsorcjum Stalbud Tarnów-Tecnicas Reunidas uzasadnienie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, nie sposób uznać za wystarczające dla przyznania mu statusu uczestnika postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako wniesione po terminie przewidzianym na wniesienie odwołania.

Zgodnie z dyspozycją 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 zostały przesłane sposobem określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp to przekazanie informacji faksem lub drogą elektroniczną. W przedmiotowej sprawie, co było okolicznością bezsporną, informacja o wynikach oceny wniosków została przesłana Odwołującemu w dniu 10 maja 2012 r.

Ustawodawca w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wskazał jako początek biegu terminu na wniesienie odwołania fakt przesłania informacji, a zatem początkiem biegu terminu jest data wysłania informacji. Dnia zdarzenia tj. dnia przesłania informacji nie wylicza się do 10 – dniowego terminu, zgodnie z art. 111 § 2 kc w związku z art. 14 ustawy Pzp. Tym samym termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 21 maja 2012 r. z upływem tego dnia (art. 111 § 1 kc w związku z art. 14 ustawy Pzp), co również było okolicznością bezsporną.

Z kolei odwołanie musi wpłynąć do Prezesa Izby, czy to fizycznie w formie pisemnej na biuro podawcze Izby, czy w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu na elektroniczną skrzynkę podawczą (ePUAP), najpóźniej z upływem 10 dnia od momentu przekazania informacji o czynności zamawiającego.

W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO poprzez jego złożenie na biurze podawczym dnia 22 maja 2012 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Zauważyć należy, iż ustawodawca przewidział dwie alternatywne formy wniesienia

odwołania: w formie pisemnej lub w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obliguje Izbę do odrzucenia odwołania wniesionego po terminie określonym w ustawie. Brak jest zatem możliwości zadośćuczynienia wnioskowi Odwołującego o uznanie odwołania za wniesione w terminie z uwagi na podnoszoną niemożność skorzystania z platformy ePUAP w dniu 21 maja 2012 r. po godz. 21.20 na skutek okoliczności, za które, jak wskazywał Odwołujący, nie ponosi odpowiedzialności ani on sam ani jego pełnomocnik. Okoliczności przywoływane przez Odwołującego stanowić mogą w istocie przesłanki do przywrócenia terminu. Ustawodawca nie przewidział jednak w ustawie Pzp jakiegokolwiek możliwości przywrócenia terminu na wniesienie odwołania, niezależnie od przyczyn, które spowodowały uchybienie temu terminowi. Brak jest też podstaw do zastosowania posiłkowo przepisów kodeksu postępowania cywilnego. W myśl bowiem art. 185 ust. 7 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa Pzp nie stanowi inaczej. Ustawodawca ograniczył zatem zastosowanie przepisów kodeksu postępowania cywilnego do części o sądzie polubownym (art. 1154 – 1217 kpc), wśród których nie mieszczą się ogólne instytucje regulowane tą ustawą, w tym przywrócenie terminu do dokonania czynności procesowej (art. 168 kpc) (por. postanowienie z dnia 7 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1145/11). Z tego względu powoływanie się na fakt utrudnień w korzystaniu ze skrzynki elektronicznej oraz zaistnienia przerwy technicznej na serwerze ePUAP w dniu 21 maja 2012 r. od godz. 22.00 do 24.00 – nie może stanowić podstawy do konwalidowania czynności wniesienia odwołania.

Należy również zauważyć, że przerwy serwisowe w świadczeniu usług w ramach ePUAP przewidziane są rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 27 kwietnia 2011 r. w sprawie zakresu i warunków korzystania z elektronicznej platformy usług administracji publicznej, tj. ePUAP (§ 6 ust. 2, gdzie wskazano, iż Minister informuje na ePUAP o przerwach serwisowych w świadczeniu usług wynikających ze zmian i ulepszeń a w przypadku braku takiej możliwości – przez zamieszczenie informacji o takich przerwach w biuletynie Informacji Publicznej). Tym samym brak jest gwarancji nieograniczonej czasowo dostępności platformy ePUAP. Ponadto Odwołujący nie dowiódł, aby trudności z zalogowaniem się do systemu były bezspornie związane z wadliwym funkcjonowaniem platformy, a nie okolicznościami leżącymi po stronie Odwołującego. Przedstawiony przez niego dowód w postaci zdjęcia ekranu z godz. 22.10 o przerwie serwisowej jest zgodny ze stanem faktycznym tj. istotnie o tej godzinie trwała przerwa serwisowa. Z kolei zdjęcie ekranu z godz. 00.09 potwierdza jedynie brak uwierzytelnienia, przy czym w żaden sposób nie dowodzi, iż brak ten nie wynika np. z wadliwego sposobu uwierzytelnienia dokonywanego

przez Odwołującego (jego pełnomocnika). Brak jest także jakiegokolwiek dowodu, aby przed godz. 22.00 istotnie nie zaistniała możliwość zalogowania się do systemu z uwagi na błędy w operacyjności platformy ePUAP. Jak jednak Izba podkreśla, okoliczności te pozostają indyferentne dla oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia odwołania przewidzianej w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz możliwości przywrócenia terminu na wniesienie odwołania. Odwołanie zostało wniesione dopiero w dniu 22 maja 2012 r., tj. w chwili kiedy upłynął już termin na wniesienie odwołania. Odwołujący miał do dyspozycji dziesięć dni terminu na wniesienie odwołania i działał na własne ryzyko, decydując się na skorzystanie z drogi elektronicznej w ostatnim dniu terminu i to na niespełna trzy godziny przed jego upływem (podobne stanowisko zajęła KIO w postanowieniu z 23 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 94/12).

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 22 maja 2012r.r. jest odwołaniem wniesionym po upływie ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....