

POSTANOWIENIE
z dnia 5 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania odwoławczego w dniu 5 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2019 r. przez odwołującego: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe PREBET Sp. z o. o. (ul. Bema 184, 63-400 Ostrów Wielkopolski) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Stawiszyn (ul. Szosa Pleszewska 3, 62-820 Stawiszyn),

przy udziale zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawcy: M.K., działający pod firmą Zakład Robót Ogólnobudowlanych „ZROBUD” (ul. Zachodnia 8, 63-22 Gołuchów),

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe PREBET Sp. z o. o. (ul. Bema 184, 63-400 Ostrów Wielkopolski) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: Gmina Stawiszyn (ul. Szosa Pleszewska 3, 62-820 Stawiszyn) kwotę 4054 zł 66 gr (słownie: cztery tysiące pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt sześć groszy) tytułem kosztów reprezentacji pełnomocnika w kwocie 3.600 zł oraz kosztu dojazdu na posiedzenie w kwocie 454 zł 66 gr.
3. Nie uwzględnia wniosku przystępującego po stronie zamawiającego wykonawcy: M.K., działający pod firmą Zakład Robót Ogólnobudowlanych „ZROBUD” (ul. Zachodnia 8, 63-22 Gołuchów) o zasądzenie na jego rzecz kosztów reprezentacji pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Poznaniu.

Sygn. akt: KIO 928/19

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Gmina Stawiszyn, którego przedmiotem jest: „Budowa Przedszkola Samorządowego w Stawiszynie”. Nr sprawy: PFiZP.271.4.2019. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano 11 marca 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 523785-N-2019. Wnoszący odwołanie wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno

Usługowo Handlowe PREBET Sp. z o. o. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim (Odwołujący) zarzucił czynnościom Zamawiającego z dnia 10 maja 2019 r. o odrzuceniu oferty odwołującego naruszenie:

- 1) art. 36 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 22c ust. 1 ustawy Pzp - nieprzejrzyste określenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) wymogów i warunków jakie powinny spełniać wykonawcy chcący uczestniczyć w przedmiotowym postępowaniu - w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej zamawiającego (pkt 5.1.2. SIWZ), co doprowadziło do błędnego uznania, że treść złożonej oferty odwołującego jest niezgodna z wymaganiami zawartymi w SIWZ, gdyż odwołujący potwierdził zdolność kredytową oraz zakres ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, które odpowiadały wartości wykonania zamówienia w kwocie netto;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - nieudzielenie w toku postępowania wyjaśnień na uzasadnione wątpliwości odwołującego w zakresie „wartości wykonania zamówienia”, podczas gdy prawidłowe zastosowanie tej normy wymagało od zamawiającego udzielenia odpowiedzi na pisma odwołującego z dnia 18 kwietnia 2019 r. oraz 23 kwietnia 2019 r. i wskazania, czy oczekuje od wykonawców potwierdzenia zdolności kredytowej oraz zakresu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej - odpowiadające wartości wykonania zamówienia w kwocie netto bądź brutto;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp - bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego z powodu rzekomej niezgodności oferty z treścią SIWZ, podczas gdy odwołujący potwierdził zamawiającemu swoją zdolność kredytową oraz zakres ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej - odpowiadające wartości wykonania zamówienia w kwocie netto, a więc oferta odwołującego spełniała wymagania zamawiającego i brak było podstaw do jej odrzucenia;

Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o unieważnienie czynności: (1) odrzucenia oferty odwołującego oraz (2) wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Wniósł także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przepisanych.

Odwołujący stwierdził, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy, bowiem był uczestnikiem postępowania prowadzonego w trybie przetargu, którego przedmiotem była „Budowa Przedszkola Samorządowego” w Stawiszynie.

Zawiadomieniem z dnia 10 maja 2019 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego i dokonał wyboru oferty. Zdaniem zamawiającego oferta podlegała odrzuceniu, gdyż treść złożonej opinii bankowej i polisy ubezpieczenia OG były niezgodne z wymaganiami zawartymi w SIWZ. W ocenie zamawiającego odwołujący winien był przedłożyć informację o swojej zdolności kredytowej oraz zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w kwocie nie mniejszej niż zaoferowana cena ryczałtowa brutto, tj. 5.738.000,00 zł.

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający działał niezgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5. w zw. z art. 22c ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na określenie wysokości posiadanych przez wykonawcę środków finansowych oraz zdolności kredytowej w kwocie co najmniej „wartości wykonania zamówienia”, oraz poprzez wymaganie posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na powyższą kwotę, nie określając niniejszej sumy w sposób jednoznaczny i przejrzysty. W związku z brakiem dokładnego określenia powyższej kwoty odwołujący oparł się więc na definicji wartości zamówienia zawartej w art. 32 ust. 1 ustawy - „Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług W związku z powyższym odwołujący przedłożył opinię bankową wystawioną przez Bank Ochrony Środowiska, w której zawarto informacje o posiadanych środkach w łącznej wysokości 403.093,00 zł oraz możliwości ubiegania się przez wykonawcę o kredyt w wysokości 5.000.000,00 zł oraz polisę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na kwotę 5.000.000,00 zł. Powyższe sumy w pełni pokrywały wartość zamówienia przedstawioną w ofercie na wykonanie zamówienia złożonej przez odwołującego w dniu 28 marca 2019 r., która opiewała na kwotę 4.665.040,66 zł netto. Zaznaczył, (wskazując na piśmiennictwo), że „wartość zamówienia należy ustalać na podstawie przewidywanego wynagrodzenia wykonawcy, a nie ceny, jaką trzeba będzie zapłacić” (art. 32 Pzp_ Pieróg 2019, wyd. 15, Legalis). Znamiennym jest także, że odwołujący uczestniczył w wielu podobnych postępowaniach, a z praktyki wynika, iż wartość wykonania zamówienia podawana jest zawsze w kwotach netto.

Dowody: oferta na wykonanie zamówienia z 28.03.19 r.; informacja o odrzuceniu oferty z 16.04.19 r.

Wskazał na wyrok o sygn. KIO 2668/11, którym Izba orzekła, że „Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne dane, parametry. Wskazane wymagania są wiążące dla zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełniania. Na tej podstawie bowiem wykonawcy ustalają, czy są w stanie przystąpić do postępowania podejmując decyzję o wzięciu bądź nie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem tylko przez przyzmat wymagań jasno określonych w SIWZ możliwe jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert.” oraz, iż jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy, zatem nie mogą przesądzać o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykluczenie wykonawcy z postępowania za niespełnienie warunków udziału może nastąpić wyłącznie w oparciu o jasno brzmiące postanowienia ogłoszenia i SIWZ. Skoro więc zamawiający nie określił w sposób kategoriyczny w SIWZ, jak należy rozumieć postawione przez niego wymagania, to na etapie badania i oceny ofert nie może ustalać, dodatkowych warunków i je doprecyzować” (tezy Legalis). Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż zamawiający nie mógł w niniejszym postępowaniu odrzucić oferty odwołującego, bowiem nie określił on w sposób dostatecznie przejrzysty i klarowny pojęcia „wartość wykonania zamówienia”, w związku z czym nie mógł on rozstrzygnąć o prawidłowości złożonej oferty na niekorzyść odwołującego. Odwołujący bowiem przy przedkładaniu informacji o swojej zdolności kredytowej oraz zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej oparł się na definicji ustawowej „wartości zamówienia” z art. 32 ust. 1 ustawy [„Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług tak więc odwołujący złożył ofertę, która spełniała wszystkie założenia SIWZ i brak było podstaw od jej odrzucenia. Na marginesie sprawy wskazał, że posiadane przez wykonawcę środki finansowe oraz zdolność kredytowa, jak również suma ubezpieczenia OC, przewyższała także „wartość przedmiotu zamówienia”, jeżeli liczyć by powyższą w oparciu o przeznaczone przez zamawiającego środki na „Budowę Przedszkola Samorządowego”, które to opiewały na kwotę 4.997.080,20 zł netto (6.489.714,55 zł brutto).

Zdaniem wykonawcy, Zamawiający naruszył także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem prowadził postępowanie w niniejszej sprawie w sposób nadzwyczaj nieprzejrzysty. Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy w dniu 16 kwietnia 2019 r. W dniu 18 kwietnia 2019 r. odwołujący wystąpił z wnioskiem o uchylenie informacji o odrzuceniu oferty, który również pozostał bez odpowiedzi, w związku z czym odwołujący miał podstawy do uznania, iż jego wniosek został uwzględniony. W dniu 10 maja 2019 r. zamawiający wystąpił zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty, gdzie równocześnie odrzucił ofertę zamawiającego, powtarzając uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego zawarte w piśmie z 16 kwietnia 2019 r. Na marginesie sprawy wskazał, że powyższy dokument został również doręczony bezpośrednio odwołującemu, a nie do ustanowionego w tej sprawie pełnomocnika odwołującego.

Dowody: informacja o odrzuceniu z 16.04.19 r.; odwołanie z 18.04.19 r.; wniosek zamawiającego z 18.04.19 r.; wniosek wykonawcy o z 23.04.19 r.; zawiadomienie z dnia 10.05.19 r.

Powyższe jednoznacznie, zdaniem Odwołującego, wskazuje, że Zamawiający złamał zasadę przejrzystości postępowania w sprawie o zamówienia publiczne, bowiem wskazuje się, iż chodzi w niej przede wszystkim o „umożliwienie kontrolowania prawidłowości działań zamawiającego w ramach procesu udzielania zamówień oraz zapewnienia prawidłowego wydatkowania środków publicznych. Przejrzystość umożliwi wykonawcom faktyczne korzystanie z mechanizmów konkurencji na wspólnym rynku, pozwalając na weryfikację prawidłowości działań zamawiającego” (dr Grzegorz Klich „Zasada przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” w „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” nr 497 • 2017”). Wobec całkowitego braku współpracy i kontaktu ze strony zamawiającego, odwołujący nie uzyskał wyjaśnienia co zamawiający rozumiał poprzez określenie „wartość wykonania zamówienia”, poprzez co oparł się na definicji ustawowej zawartej w art. 32 ust. 1 ustawy, wobec czego spełnił wymagania stawiane wykonawcom w SIWZ.

W konkluzji stwierdził, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, bowiem odrzucił ofertę odwołującego, której treść była zgodna z SIWZ, wskutek niejednoznacznego określenia wymogów i warunków jakie powinni spełniać wykonawcy chcący uczestniczyć w przedmiotowym postępowaniu oraz nieprzejrzystego prowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca M.K., działający pod firmą Zakład Robót Ogólnobudowlanych „ZROBUD” z Gołuchowa wnosząc o oddalenie odwołania, ewentualnie o jego oddalenie. Zdaniem wykonawcy ustawowy termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 22 kwietnia 2019 r. z uwagi na decyzję podjętą w dniu 18 kwietnia 2019 r. Wskazał także na korespondencję jaką prowadził wykonawca od dnia 23 kwietnia 2019 r. Wskazał ponadto na drugi z możliwych terminów w którym upłynął termin wniesienia odwołania, a mianowicie 15 maja 2019 r. Wskazując dodatkowo na pierwszy z zarzutów (naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 22c ust. 1 ustawy Pzp), który dotyczy postanowień ogłoszenia i specyfikacji, stwierdził, że co do tego zarzutu także (zgodnie z regulacją zawartą w art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp) upłynął termin.

Izba nie uwzględniła zarzutu podnoszonego przez Odwołującego, że zgłoszone przystąpienie nastąpiło z naruszeniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp termin na zgłoszenie przystąpienia wynosi 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, która do Zamawiającego została przekazana w dniu 22 maja 2019 r. Zgłaszający przystąpienie otrzymał ww. kopię w dniu 22 maja 2019 r. Zakreślony ustawą 3-y dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upływał w sobotę, dlatego według reguł określonych w art. 111 § 2 K.c. oraz w art. 185 ust. 8 ustawy Pzp termin ten w konsekwencji upłynął w dniu 27 maja 2019 r. i w tym dniu przystępujący wykonawca złożył stosowne oświadczenie. Zatem zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego spełnia wymaganie w zakresie terminu wymaganego art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba uwzględniając zarzuty podniesione w odwołaniu ustaliła:

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane („Budowa Przedszkola Samorządowego w Stawiszynie”), którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 11 marca 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych, także specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) była dostępna od tej daty.

Zamawiający pierwszą Informację o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przekazał w piśmie z dnia 16 kwietnia 2019 r. w którym to piśmie skierowanym do Odwołującego podał:

„1. Oferta złożona przez Wykonawcę została sporządzona niezgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający w rozdziale 5 - Warunki udziału w postępowaniu- w pkt. 5.1.2. ppkt. a) wymagał posiadania środków finansowych lub zdolność kredytową w kwocie co najmniej wartości wykonania zamówienia, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca dołączył opinię bankową z dnia 22 marca 2019r, wystawioną przez Bank Ochrony Środowiska S.A., gdzie widnieje informacja, że „Saldo bieżące na rachunku na dzień 21.03.2019 r. wynosi 3.093,00 PLN. Lokata over night na kwotę 400 000,00 PLN” Ponadto Wykonawca może się ubiegać o kredyt na poziomie 5 000 000,00 PLN.

Treść złożonej opinii przez Wykonawcę jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

2. Oferta złożona przez Wykonawcę została sporządzona niezgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający w rozdziale 5 — Warunki udziału w postępowaniu- w pkt. 5.1.2. ppkt.b) wymagał ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę nie mniejszą niż wartość wykonania zamówienia. Wykonawca dołączył polisę nr 04.469.729 Ubezpieczyciela AXA Ubezpieczenia Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji S.A., gdzie widnieje suma gwarancyjna na kwotę 5 000 000,00 PLN na jeden i wszystkie Wypadki Ubezpieczeniowe.

Treść złożonej polisy przez Wykonawcę jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia".

Powiadomienie o powyższym skierowane zostało do wykonawcy na adres mail wskazany w ofercie: . Jego otrzymanie zostało potwierdzone przez wykonawcę. Ta czynność w piśmie z dnia 18 kwietnia 2019 r. została przez wykonawcę zakwestionowana, który wskazał że nie zgadza się z: (...) interpretacją oceny naszej oferty na budowę „Przedszkola Samorządowego w Stawiszynie” w kwocie netto 4 665 040.66zł, która wyczerpuje warunki zapisane w SIWZ. Podatek VAT jest wartością dodaną do towarów i usług, którego jesteśmy płatnikiem” i wniósł o ponowne rozpatrzenie oferty. W kolejnym piśmie z dnia 23 kwietnia 2019 r. wniósł o uchylenie informacji z dnia 16 kwietnia 2019 r. nawiązując do pisma z dnia 18 kwietnia 2019 r. Na powyższe pisma brak w dokumentacji stanowiska Zamawiającego. Natomiast Zamawiający w piśmie z dnia 10 maja 2019 r. skierowanym do wykonawców w części I lit. A. powiadomił (ponownie) wykonawcę, że oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt2 ustawy Pzp, wskazując w punktach 1 i 2 uzasadnienia te same okoliczności jak w piśmie z dnia 16 kwietnia 2019 r. natomiast w części I lit. B powiadomił o odrzuceniu drugiej z ofert na podstawie art. 89 ust.1 pkt 7a ustawy Pzp, a w części II o wyborze oferty najkorzystniejszej. W części III z kolei zawarł Informację co do zawarcia umowy, a także o wymaganiach dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Ta Informacja została doręczona do Odwołującego w dniu 10 maja 2019 r. na wskazany powyżej adres mail (wg raportu: z godz. 14:53 z komputera Odwołującego). To pismo zostało także przesłane pocztą, a jego doręczenie do Odwołującego nastąpiło w dniu 13 maja 2019 r. Odwołanie wniesione w piśmie z dnia 17 maja 2019 r. zostało przekazane do Prezesa KIO drogą pocztową z datą jego doręczenia w dniu 21 maja 2019 r. Kopia odwołania została przesłana do Zamawiającego także drogą pocztową i doręczona z kolei w dniu 22 maja 2019 r. Data złożenia obu przesyłek w placówce pocztowej to dzień 20.05.2019 r.

Izba mając na uwadze ustalony stan faktyczny oraz zarzuty podniesione w odwołaniu (ich argumentację faktyczną i prawną) stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust.1 pkt 2 oraz ust.2 pkt 2 ustawy Pzp.

Wartość zamówienia (jak ustalono) jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, a zatem do oceny czy dochowany został termin na wniesienie odwołania należy uwzględnić regulacje wynikające z punktu 2 art. 182 ustawy Pzp odpowiednio ust.1 i ust. 2.

Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 22c ust. 1 ustawy Pzp wniesiony został po terminie określonym art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Stosownie do postanowień art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp odwołanie wnosi się: „2) 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8”.

MM uzasadnieniu tego zarzutu wykonawca wskazał na (...) nieprzejrzyste określenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymogów i warunków jakie powinni spełniać wykonawcy chcący uczestniczyć w przedmiotowym postępowaniu - w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej zamawiającego (pkt 5.1.2. SIWZ), co doprowadziło do błędnego uznania, że treść złożonej oferty odwołującego jest niezgodna z wymaganiami zawartymi w SIWZ, gdyż odwołujący potwierdził zdolność kredytową oraz zakres ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, które odpowiadały wartości wykonania zamówienia w kwocie netto (...). W przypadku tego warunku niewątpliwie to wymaganie zamawiający odniósł do wartości wykonania zamówienia (ceny oferty wymaganej z podatkiem VAT) podanej w ofercie przez wykonawcę, a nie do szacunkowej wartości zamówienia netto ustalonej przez Zamawiającego (stosownie do regulacji z art. 32 ust.1 ustawy Pzp). Kwestionowanie tak opisanego wymagania mogło zatem nastąpić w terminie 5 dni od daty Ogłoszenia o zamówienia, a mianowicie od dnia 11 marca 2019 r.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp wniesiony został po terminie określonym art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Stosownie do postanowień art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp odwołanie wnosi się: „w terminie 5 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 10 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8”.

Zgodnie z art. 180 ust.5 ustawy Pzp: „Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”.

Izba uznała, że w stanie faktycznym tej sprawy informacja o decyzji (definitywnej) co do odrzucenia oferty Odwołującego wynika z pisma z dnia 10 maja 2019 r., o której wykonawca został powiadomiony w tym samym dniu pocztą elektroniczną na adres wskazany w formularzu oferty. Co prawda poprzednia decyzja, wynikająca z pisma z dnia 16 kwietnia 2019 r. o której wykonawca został powiadomiony w dniu 17 kwietnia 2019 r. nie została uchylona (brak dowodu na taką czynność), jednakże wobec korespondencji skierowanej do Zamawiającego przez wykonawcę i korespondencji kierowanej przez Zamawiającego do niego oraz braku informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, oferent mógł trwać w przeświadczeniu, że Zamawiający ponowił ocenę jego oferty. W konsekwencji decyzja o odrzuceniu według pisma z dnia 10 maja 2019 r. jest decyzją definitywną, co do podstaw odrzucenia i co do podstaw wniesienia odwołania.

Izba uznając, że w tej sprawie datą kluczową dla ustalenia terminu wniesienia odwołania jest 10 maja 2019 r. miała na uwadze art. 182 ust.1 pkt 2 Pzp. Przepis ten nawiązując do art. 180 ust. 5 zdanie drugie stanowi o priorytecie środków komunikacji elektronicznej. Tak jak to wynika z akt sprawy doręczenie mailem, (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej) nastąpiło w dniu 10 maja 2019 r. Zatem termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 15 maja 2019 r. Odwołanie zostało wniesione (pocztą) w dniu 21 maja 2019 r., a zatem po upływie wyznaczonego ustawą Pzp terminie. Jego kopia z kolei przekazana (także pocztą) została Zamawiającemu w dniu 22 maja 2019 r., co z kolei niezgodne jest z dyspozycją wskazanego art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. W tym miejscu, Izba dodatkowo wyjaśnia, że złożenie odwołania i jego kopii w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy - Prawo pocztowe nie jest równoznaczne z ich odpowiednio wniesieniem do Prezesa KIO czy przekazaniem (według wskazywanych wymagań z art. 185 ust. 8 Pzp) do zamawiającego. Brak przekazania kopii zgodnie z ustawą Pzp powoduje także odrzucenie odwołania, o czym stanowi art. 189 ust.2 pkt 7 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, podobnie jak zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, także jest wniesiony z naruszeniem terminu. W tym przypadku zarzut (...) nieudzielenia w toku postępowania wyjaśnień na uzasadnione wątpliwości odwołującego w zakresie „wartości wykonania zamówienia”, dotyczył braku odpowiedzi na pisma odwołującego z dnia 18 kwietnia 2019 r. oraz 23 kwietnia 2019 r.

Tym samym podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 22c ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 2 tej ustawy a także jej art. 7 ust.1 są niezasadne i nie podlegają uwzględnieniu.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku uwzględniając 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. z 2018 r. poz. 972). Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego, co do zasądzenia na jego rzecz kosztów postępowania tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (reprezentacji przed KIO). W myśl powołanego rozporządzenia (§ ust. 3) taki zwrot kosztów przystępującemu przysługuje tylko w dwóch sytuacjach i, które to sytuacje dotyczą wyłącznie przystąpienia po stronie zamawiającego. W pierwszym przypadku, jeżeli postępowanie odwoławcze zostało umorzone, a odwołujący cofnął odwołanie po otwarciu rozprawy, a w drugim, gdy nastąpiło odrzucenie albo oddalenie odwołania, jednakże tylko wówczas, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego (przystępujący), wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.