

Sygn. akt: KIO 287/21

POSTANOWIENIE z dnia 11 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 11 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2021 r. przez wykonawcę M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CONECT M. B. w Kluczewsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Kleszczów

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CONECT M. B. w Kluczewsku i 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020), na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 287/21

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Kleszczów (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa telekomunikacyjnych przyłączy światłowodowych FTTH na terenie gminy Kleszczów” (nr ref. ZP.271.32.2020). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10 grudnia 2020 r. pod numerem 764240-N-2020. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 27 stycznia 2021 r. wykonawca M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą CONECT M. B. w Kluczewsku (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności odrzucenia jego oferty i zaniechania unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne zastosowanie tego przepisu i odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny ofertowej, podczas gdy analiza treści oferty oraz złożonych wyjaśnień nie prowadzi do wniosku takiej niezgodności,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że ocena złożonych wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy analiza złożonych wyjaśnień nie potwierdza prawdziwości takiego wniosku,
3. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu jego zastosowania poprzez wstrzymanie się od ponownego zwrócenia się do Odwołującego z żądaniem udzielenia wyjaśnień w zakresie wątpliwości lub sprzeczności dotyczących treści złożonych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny;
4. art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w szczególności w związku z nierównym traktowaniem wykonawców, wyrażającym się w braku jednoczesnego badania i oceny ofert wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji w braku rozstrzygnięcia przetargu do chwili sporządzenia niniejszego odwołania.

Jednocześnie, z ostrożności procesowej w przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutów Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 3, a także art. 33 ust. 1 oraz art. 38 ust. 1 zd. drugie i ust. 4a pkt 1) ustawy Pzp, polegający na zaniechaniu unieważnienia postępowania w przypadku, gdy obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wyrażającą się w szczególności w nieprawidłowym opisie przedmiotu zamówienia, zaniechaniu udzieleniu stosownych odpowiedzi na zapytania wykonawców, biorących udział w przetargu, a tym samym stworzeniu sytuacji złożenia ofert, których nie można porównać, a także błędnym oszacowaniu wartości przedmiotu zamówienia oraz zaniechaniu zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w przypadku wprowadzenia zmiany treści SIWZ prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamienieniu,
2. art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w szczególności w związku z prowadzeniem przetargu w sposób niezgodny z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, wyrażający się w istotnym utrudnieniu wykonawcom, biorącym udział w przetargu, analizy potrzeb i wymagań Zamawiającego w zakresie planowanej realizacji zamówienia, a w konsekwencji utrudnieniu wszystkim wykonawcom sporządzenia kalkulacji ceny ofertowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ponowne badanie i ocenę jego oferty oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, zaś w przypadku nieuwzględnienia zarzutów głównych (1-4) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przetargu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2021

r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”).

Izba ustaliła, iż Zamawiający przekazał kopię odwołania innym wykonawcom w dniu 27 stycznia 2021 r. W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy nPzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Ponadto Izba ustaliła, iż Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w dniu 19 stycznia 2021 r. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (e-mail). Taką samą datę powzięcia przez Odwołującego informacji o odrzuceniu jego oferty wskazano w treści odwołania. Odwołanie na ww. czynność Zamawiającego zostało nadane przez Odwołującego w dniu 25 stycznia 2021 r. w placówce pocztowej, natomiast zostało doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2021 r.

Izba na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy nPzp.

Zgodnie z tym przepisem, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy nPzp, który to przepis ma zastosowanie w przedmiotowej sprawie, odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Odwołujący otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty w dniu 19 stycznia 2021 r., wobec czego pięciodniowy termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 25 stycznia 2021 r. (z uwagi na fakt, że ostatni dzień terminu przypadał na niedzielę). Tymczasem odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dopiero dwa dni później, w dniu 27 stycznia 2021 r. Izba wskazuje, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego nie jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Dla zachowania terminu na wniesienie odwołania nie ma znaczenia data stempla pocztowego. Podkreślić należy, iż w ustawie nPzp nie zawarto przepisów, które wskazywałyby, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe jest równoznaczne z jego wniesieniem, taką regulację przewidziano wyłącznie w odniesieniu do skargi na orzeczenie Izby (por. art. 580 ust. 2 zdanie drugie ustawy nPzp). W orzecznictwie Izby wydanym na gruncie art. 180 ust. 4 ustawy Pzp jednolicie wskazywano, iż dopiero doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oznacza jego wniesienie. Powyższa zasada nie zmieniła się na gruncie aktualnie obowiązującego art. 514 ust. 1 ustawy nPzp.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie wniesione zostało z uchybieniem ustawowemu terminowi określonemu w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy nPzp. W związku z powyższym Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy nPzp, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 553 zdanie drugie ustawy nPzp. Zgodnie z art. 529 ust. 1 ustawy nPzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....