Sygn. akt: KIO 3755/21

POSTANOWIENIE
z dnia 12 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 12 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2021 r. przez wykonawcę GIAP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy Aspello Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę GIAP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę GIAP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) 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 3755/21

Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Budowa systemu do zarządzania zasobem zieleni miejskiej we Wrocławiu: e-platforma

Zieleń we Wrocławiu - etap 1. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

W dniu 27 grudnia 2021 r. wykonawca GIAP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący", wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 ust. 1 pkt 1, art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp przez

ustalenie kryteriów i sposobu oceny ofert, które nie gwarantowały wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. przez podział kryterium cenowego na trzy odrębne podkryteria o różnym znaczeniu (wadze), co umożliwiało wykonawcom manipulację ceną oferty, naruszało zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, i skutkowało tym, że w postępowaniu jako najkorzystniejsza nie została wybrana oferta najkorzystniejsza cenowo oraz tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest dotknięte wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego,

2. art. 255 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania podczas gdy po weryfikacji cen ofert, obliczeniu punktacji każdej z ofert i ustaleniu, że najwięcej punktów otrzymała oferta wykonawcy Aspello sp. z o.o., Zamawiający winien dojść do przekonania, że najwięcej punktów otrzymała oferta, która nie była najkorzystniejsza, i w konsekwencji - że dokonał nieprawidłowego podziału kryterium cenowego na trzy nierówne wagowo elementy, pozwolił na manipulację ceną przez wykonawców, naruszył zasadę uczciwej konkurencji i w konsekwencji winien unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w związku z tym, że zawarta umowa z wybranym wykonawcą podlegałaby unieważnieniu jako zawarta z naruszeniem ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, iż Zamawiający przekazał kopię odwołania innym wykonawcom w dniu 27 grudnia 2021 r. W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Aspello Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu.

Ponadto, Izba ustaliła, iż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 199-519562 w dniu 13 października 2021 r. W tym samym dniu, tj. 13 października 2021 r., Zamawiający zamieścił dokumenty zamówienia na stronie internetowej. Zgodnie z Rozdziałem XIII specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ", jednym z kryteriów oceny ofert była cena z łączną wagą do 60%, w ramach kryterium ceny ustalono trzy podkryteria, tj. Podkryterium 1: Cena za usługi rozwoju z wagą 10%, Podkryterium 2: Cena utrzymania systemu w okresie 36 miesięcy od momentu odbioru wdrożenia systemu z wagą 20% oraz Podkryterium 3: Cena za pozostałe elementy cenotwórcze wynikające z tabeli z wagą 30%. Izba ustaliła, że ww. kryteria nie były zmieniane w trakcie postępowania. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 17 grudnia 2021 r. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Izba na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego 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 Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Stosownie do art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który to przepis ma zastosowanie w przedmiotowej sprawie, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej informacje stanowiące podstawę uzasadnienia faktycznego postawionych zarzutów wniesionego w dniu 27 grudnia 2021 r. odwołania mogły być formułowane przez Odwołującego od dnia 13 października 2021 r., tj. od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej.

W ocenie Izby zarzuty jakie w odwołaniu postawił Odwołujący są spóźnione, bowiem są to zarzuty, które mógł zgłosić w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej i zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej. W odniesieniu do tego co nie zostało w SWZ zmienione, jest takie samo, nie może być skutecznie kwestionowane po upływie terminu na wniesienie odwołania od postanowień SWZ. Jeśli Odwołujący miał wątpliwości co do postanowień specyfikacji warunków zamówienia odnoszących się do kryteriów oceny ofert, winien był po ogłoszeniu przez zamawiającego treści specyfikacji, zwrócić się z zapytaniem o wyjaśnienie tych wątpliwości, które Odwołujący podnosi obecnie w treści odwołania, lub wnieść odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia. Skoro jednak Odwołujący z możliwości tych nie skorzystał, to jego zarzuty odnoszące się de facto wyłącznie do postanowień specyfikacji warunków zamówienia należy uznać za spóźnione.

Okoliczność, że Odwołujący, zamiast wniesienia odwołania wobec tych postanowień specyfikacji warunków zamówienia, które mu nie odpowiadały, w chwili opublikowania ogłoszenia, dopiero obecnie występuje z odwołaniem, skarżąc czynność Zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonaną notabene ściśle według zasad określonych w specyfikacji warunków zamówienia, nie uzasadnia „przywrócenia" terminu do kwestionowania postanowień specyfikacji warunków zamówienia na obecnym etapie. Treść specyfikacji znana była uczestnikom postępowania od dnia udostępnienia tego dokumentu. Odwołujący tak naprawdę kwestionuje nie samą czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jako dokonaną niezgodnie z kryteriami oceny ofert, ale stawia zarzuty do postanowień specyfikacji, o czym świadczy przywoływanie w treści odwołania chociażby art. 134 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp oraz wielokrotne wskazywanie na nieprawidłowy podział kryteriów na podkryteria.

Zarzutem spóźnionym jest również zarzut odnoszący się do unieważnienia postępowania, gdyż jest on konsekwencją kwestionowania przez Odwołującego dokonania podziału kryterium ceny na trzy podkryteria. Dodatkowo, na posiedzeniu sam Odwołujący przyznał, że Zamawiający miał realną możliwość unieważnienia postępowaniu już po otwarciu ofert. Idąc tym tokiem rozumowania Odwołujący mógł wnieść odwołanie w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (stosownie do art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp), czyli w terminie 10 dni od dnia publikacji informacji o otwarciu ofert.

Podkreślić należy, że terminy na wniesienie odwołania są terminami zawitymi (art. 515 ustawy Pzp), a ich dochowanie ma kluczowane znaczenie dla kwestionowania decyzji Zamawiającego. Z drugiej strony, tak przyjęte przez prawodawcę terminy na wniesienie odwołania (w tym przypadku 10 dni od czynności Zamawiającego) oraz ich stanowczy (prekluzyjny) charakter mają na celu sprawne prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynajdywanie zarzutów, w odniesieniu do informacji zawartych w dokumentach zamówienia znanych od października, w wyniku niezadawalającego wyniku postępowania Zamawiającego mogłoby doprowadzić do paraliżu postępowań o udzielnie zamówienia publicznego, dlatego też, aby Zamawiający mogli udzielać zamówień, a wykonawcy kwestionować ich decyzje ustawodawca określił terminy na te czynności, jak również przewidział ustawowe przesłanki odrzucenia odwołania, gdy podmiot składający odwołanie działa w sposób niemieszczący się w regulacjach ustawowych. Jako zasadną należy również ocenić w tym zakresie argumentację Zamawiającego, jak i uczestnika postępowania odwoławczego, przedstawioną na posiedzeniu, jak i w pismach procesowych.

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

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Pzp 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). ze szczególnym uwzględnieniem § 5 pkt 2 tego rozporządzenia. Zgodnie ze wskazanym przepisem Izba o uzasadnionych kosztach stron postępowania odwoławczego orzeka wyłącznie na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy. Przedłożenie zatem umowy o pracę pełnomocnika Zamawiającego nie spełnia tego wymagania i tym samym Izba nie uwzględniła wnioskowanych przez Zamawiającego kosztów związanych z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: .....