sygn. akt KIO 443/22

POSTANOWIENIE
z dnia 24 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania w dniu 24 lutego 2022 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2022 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECOVIR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ligowie, L. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ECO-SPEED L. B. z siedzibą w Brodnicy

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Daszyna

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECOVIR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ligowie, L. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ECO-SPEED L. B. z siedzibą w Brodnicy i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECOVIR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ligowie, L. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ECO-SPEED L. B. z siedzibą w Brodnicy, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i ust. 2 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 443/22

Uzasadnienie

Gmina Daszyna (dalej „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji 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”, którego przedmiotem jest „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Daszyna”, sygnatura akt: PPI.271.4.2021 - dalej „postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24 listopada 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod numerem 2021/S 228-600536 oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 listopada 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00285134/01.

W dniu 18 lutego 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECOVIR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ligowie, L. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ECO-SPEED L. B. z siedzibą w Brodnicy (dalej „odwołujący”) zostało wniesione odwołanie na czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu. Odwołujący podnosił, że zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2b i c w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego pomimo tego, że baza magazynowo -transportowa w Stypinie, będąca w jego władaniu spełnia wszystkie wymagania wynikające z rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz wymagania określone przez zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”);

2. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Krośniewicach, podczas gdy to oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą;

3. art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy Pzp w zw. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych lub ich wyjaśnienia przez odwołującego, albo zwrócenie się do odpowiednich organów celem wykazania spełnienia lub niespełniania warunku udziału w postępowaniu wynikającego z rozdziału III pkt 5 ppkt A1 i A2 SWZ tj. dysponowania bazą magazynowo-transportową spełniającą wymagania określone przez zamawiającego, pomimo iż po udzieleniu odpowiedzi na pytania zamawiającego przez odwołującego z dnia 10 stycznia 2022 r. ujawniły się błędy i niejasności w zakresie wyposażenia bazy w urządzenia lub systemy gwarantujące właściwe zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, albowiem Odwołujący wskazał, iż dysponuje ww. systemami i urządzeniami, a jednocześnie wskazał w sposób budzący wątpliwości zamawiającego postępowanie z wodami opadowymi i roztopowymi.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu, tj. przeprowadzenie badania i uwzględnienie oferty złożonej przez odwołującego, jako spełniającej kryteria i wymagania w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotowe postępowanie dotyczy zamówienia na usługi o wartości szacunkowej wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp (tzw. „progi unijne”).

Pismem z dnia 1 lutego 2022 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty. Zawiadomienia dokonano w formie elektronicznej z podpisem elektronicznym i wysłano na adres e-mail odwołującego oraz w formie papierowej pocztą tradycyjną.

W dniu 9 lutego 2022 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez wykonawcę: Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Krośniewicach.

Ponadto zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania w dniu 18 lutego 2022 r., elektronicznie na adres e-mail. Tym samym, zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy mogli zgłosić swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie do 21 lutego 2022 r., gdyż zgodnie z tym przepisem przystąpienie zgłasza się w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania.

W dniu 23 lutego wykonawca: Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Krośniewicach zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Powyższe zgłoszenia nastąpiło zatem z naruszeniem terminu, określonego w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie polega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Z kolei, stosownie do art. 515 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Odwołujący podnosi w odwołaniu zarzuty naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2b i 2c w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego, jak też zarzuty naruszenia art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy Pzp w zw. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp i zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych lub ich wyjaśnienia przez odwołującego, albo zwrócenie się do odpowiednich organów celem wykazania spełnienia lub niespełniania warunku udziału w postępowaniu wynikającego z rozdziału III pkt 5 ppkt A1 i A2 SWZ. O okolicznościach, stanowiących podstawę dla sformułowania tych zarzutów, odwołujący dowiedział się w dniu 1 lutego 2022 r., gdyż to w tym dniu zamawiający poinformował go o odrzuceniu jego oferty (przyznaje to sam odwołujący w treści odwołania, powołując się na treść pisma zamawiającego z dnia 1 lutego 2022 r.).

Z kolei czynność wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Krośniewicach, która została dokonana w dniu 9 lutego 2022 r. jest wyłącznie konsekwencją dokonanej wcześniej przez zamawiającego czynności. W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców. Jeśli oferta odwołującego została odrzucona, to tym samym druga oferta, która była prawidłowa została wybrana w tym postępowaniu. Zauważyć też należy, że odwołujący, formułując zarzuty naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Krośniewicach, podczas gdy to oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą podnosi jedynie to, że wybór oferty konkurencyjnej był nieprawidłowy, gdyż oferta odwołującego, jako niepodlegająca odrzuceniu, winna zostać wybrana w przetargu.

Mając zatem na uwadze, że zamawiający poinformował odwołującego o czynności stanowiącej podstawę odwołania drogą elektroniczną, odwołanie powinno zostać wniesione w terminie 10 dni od daty przesłania informacji, a zatem w dniu 11 lutego 2022 roku. Tymczasem odwołujący złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2022 roku, a zatem z uchybieniem terminu przewidzianego ustawą Pzp.

Ponadto, w okolicznościach niniejszej sprawy zaistniała również przesłanka odrzucenia odwołania, wynikająca z przepisu art. 528 pkt 2 ustawy Pzp tj. zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Przypomnieć należy, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy. Ze względu na użycie w treści przywołanego przepisu tego pojęcia, koniecznym jest zatem sięgnięcie do definicji legalnej umieszonej w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp. Zgodnie z nim wykonawca to osoba fizyczna, prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Z przepisu tego wynika, że status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. W konsekwencji sam fakt złożenia oferty w postępowaniu przez odwołującego nie gwarantował mu zachowania tego statusu w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez ustawodawcę, co z drugiej strony przekłada się na możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Status wykonawcy można bowiem nieodwracalnie utracić np. w wyniku zaniechania zaskarżenia przez wykonawcę, który złożył ofertę, decyzji zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu lub odrzucenia jego oferty.

W niniejszym postępowaniu, decyzją zamawiającego wyrażoną w piśmie z dnia 1 lutego 2022 r., oferta odwołującego została odrzucona, a odwołujący nie podjął na ówczesnym etapie próby jej kwestionowania.

Tym samym, uznać należy, że choć w rozpoznawanej sprawie odwołujący status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia posiadał (złożył ofertę, ubiegał się o zamówienie), to jednak, w wyniku czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty, której odwołujący nie zakwestionował (poprzez złożenie odwołania na tą czynność) status wykonawcy utracił.

Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie nie był już więc wykonawcą - uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, zatem odwołanie jako wniesione przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu. Przymiot uczestnika postępowania odwołujący utracił w momencie, gdy zdecydował się nie kwestionować decyzji zamawiającego o odrzuceniu jego oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść §8 ust. 1 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r., poz. 2437), z którego wynika, że w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.

Przewodniczący .....