

POSTANOWIENIE
z dnia 21 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników w dniu 21 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Śląskie Towarzystwo Wiertnicze DALBIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowskich Górach, Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych BPW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze oraz J. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R. J. Budrem w Chorzowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PROCARBON Hatłapa Spółka jawna z siedzibą w Bytomiu, PROCARBON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu, HATRO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu oraz PRG Bytom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Śląskie Towarzystwo Wiertnicze DALBIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowskich Górach, Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych BPW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze oraz J. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R. J. Budrem w Chorzowie 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 (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 935/22

Uzasadnienie

Zamawiający Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w trybie podstawowym pn. „Przekierowanie odprowadzania wód dołowych poprzez wykonanie

otworów spływowych i systemu rurociągów odwadniających z SRK S.A. Oddział KWK „Pokój I” przez teren PGG S.A. Oddział KWK Ruda na poziom 1030m Ruchu Halemba przed likwidacją szybu „Wanda” (nr ref. ZP-P-0003/21-1-1). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 stycznia 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00033584/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 4 kwietnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Śląskie Towarzystwo Wiertnicze DALBIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowskich Górach, Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych BPW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze oraz J. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R. J. Budrem w Chorzowie (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PROCARBON Hatlapa Spółka jawna z siedzibą w Bytomiu, PROCARBON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu, HATRO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu oraz PRG Bytom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie (dalej jako „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. konsorcjum i wykluczenia konsorcjum z postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 287 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty spośród dwóch ofert złożonych w postępowaniu, z których jedna podlegała odrzuceniu, gdyż została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie wymaganych przez Zamawiającego dokumentów oraz był wykonawcą podlegającym wykluczeniu z postępowania gdyż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
2. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo, że wykonawca ten nie złożył w przewidzianym terminie wymaganych przez Zamawiającego dokumentów;
3. art. 16 ust. 1 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i w zw. z pkt 7.25. SWZ poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, pomimo, że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności aukcji elektronicznej, odrzucenia oferty Przystępującego jako oferty złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, wykluczenie Przystępującego z postępowania, gdyż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący wniósł także o obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający w dniu 12 kwietnia 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie wraz z wnioskiem o jego odrzucenie na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż o zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego Odwołujący dowiedział się w dniu 7 marca 2022 r. na skutek zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Zamawiający zwrócić też uwagę, iż Odwołujący miał już wówczas świadomość okoliczności stanowiących podstawę zarzutów, co potwierdza fakt, iż w dniu 8 i 9 marca 2022 r. złożył pismo do Zamawiającego, w którym wskazywał, iż oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona z uwagi na uzupełnienie oferty po upływie wyznaczonego terminu oraz, że Przystępujący powołał się na nieprawdziwe okoliczności wnioskując o wydłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów.

Konsorcjum zgłaszające przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 19 kwietnia 2022 r. przedstawiło pisemne stanowisko procesowe wraz z wnioskiem o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując na okoliczności analogiczne jak w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PROCARBON Hatlapa Spółka jawna z siedzibą w Bytomiu, PROCARBON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu, HATRO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu oraz PRG Bytom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie.

Izba uwzględniła wniosek Przystępującego oraz Zamawiającego o odrzucenie odwołania jako złożonego po upływie ustawowego terminu na jego wniesienie. Izba uznała, że 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. W myśl art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Izba ustaliła, iż Odwołujący zaskarżył odwołaniem zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, tj. jako oferty złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie wymaganych dokumentów oraz zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd we wniosku o wydłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów. Podstawą faktyczną ww. zarzutów była okoliczność, iż Przystępujący nie złożył wraz z ofertą wszystkich wymaganych dokumentów, a wezwany przez Zamawiającego do ich uzupełnienia nie złożył ich w terminie ustalonym przez Zamawiającego pierwotnie, tj. do dnia 28 lutego 2022 r. godz. 11.00, lecz wystąpił z wnioskiem o przedłużenie tego terminu do dnia 7 maja 2022 r. z uwagi na brak możliwości uzyskania w określonym terminie wszystkich podpisów na żądanych dokumentach. Zamawiający wyraził zgodę na wydłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów już po upływie pierwotnie wyznaczonego terminu, w dniu 1 marca 2022 r. Według Odwołującego, jako że w jego ocenie zarówno wniosek wykonawcy, jak i zgoda Zamawiającego na wydłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów, muszą wpłynąć przed upływem pierwotnie ustalonego terminu, doszło do sytuacji, w której Przystępujący nie złożył dokumentów w przewidzianym terminie, co stanowiło podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp. Ponadto zdaniem Odwołującego, Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd twierdząc, że nie jest w stanie uzupełnić dokumentów w pierwotnie określonym terminie, ponieważ ostatecznie podpisy na dokumentach złożono jeszcze w dniu 28 lutego 2022 r. po godz. 12.00.

Izba ustaliła, iż o tym, że Zamawiający uznał ofertę Przystępującego za niepodlegającą odrzuceniu, Odwołujący powziął wiedzę już w dniu 7 marca 2022 r., kiedy to otrzymał od Zamawiającego zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej. Przy czym - co istotne na kanwie stanu faktycznego sprawy - Odwołujący posiadał wówczas pełną wiedzę co do okoliczności, które w jego ocenie stanowiły podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Po pierwsze Odwołujący miał świadomość, że w postępowaniu wpłynęły tylko dwie oferty - Odwołującego oraz Przystępującego. Po otwarciu ofert otrzymał od Zamawiającego ofertę Przystępującego wraz z załącznikami, sygnalizując Zamawiającemu konieczność wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów, jakie wraz z ofertą miały być złożone. Zamawiający w dniu 7 marca 2022 r. poinformował Odwołującego, że Przystępujący był przez niego wezwany do uzupełnienia dokumentów składanych wraz z ofertą i dokumenty te uzupełnił. Zamawiający przekazał wówczas Odwołującemu dokumenty uzupełnione przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący otrzymał również wniosek Przystępującego o przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów oraz pismo Zamawiającego wyrażające zgodę na przedłużenie tego terminu do 7 marca 2022 r.

Otrzymując w dniu 7 marca 2022 r. zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej Odwołujący nie tylko dysponował dokumentacją, w oparciu o którą wywodził naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego wskazane w odwołaniu, ale powziął również wiedzę, że żadna z dwóch ofert złożonych w postępowaniu nie podlegała odrzuceniu, w przeciwnym razie nie doszłoby bowiem do przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Zgodnie z art. 232 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu. Przepis ten jednoznacznie wskazuje, że przed przeprowadzeniem aukcji elektronicznej instytucja zamawiająca zobowiązana jest dokonać oceny czy złożone oferty podlegają odrzuceniu. Ponadto jak wskazano w pkt 23.1.1 SWZ po dokonaniu badania złożonych ofert w celu wyboru

najkorzystniejszej oferty przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna, jeżeli w postępowaniu złożone zostaną co najmniej dwie oferty dodatkowe niepodlegające odrzuceniu, lub co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu gdy zamawiający zrezygnował z negocjacji.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, iż Odwołujący już w dniu 7 marca 2022 r. dysponował pełną wiedzą o wszystkich okolicznościach faktycznych stanowiących podstawę do wniesienia odwołania - w tym dniu została mu przekazana informacja, że Zamawiający uznał ofertę Przystępującego za niepodlegającą odrzuceniu (zaproszenie do udziału w aukcji), jak i przekazano mu dokumenty, na które powołano się w odwołaniu. Powyższe potwierdza fakt, że Odwołujący w dniu 8 i 9 marca 2022 r., jeszcze przed przystąpieniem do aukcji, która odbyła się 10 marca 2022 r., wysłał do Zamawiającego pismo informujące o istnieniu podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego. W piśmie tym sam Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, że zgodnie z art. 232 ust. 1 ustawy Pzp do aukcji elektronicznej mogą zostać zaproszeni tylko wykonawcy, których oferta nie podlega odrzuceniu, wobec czego niezbędne jest wcześniejsze ustalenie czy oferty wykonawców, którzy mają zostać dopuszczeni do aukcji nie podlegają odrzuceniu. Odwołujący wiedział zatem, że Zamawiający uznał ofertę Przystępującego za niepodlegającą odrzuceniu. Ponadto w piśmie tym wskazano zarówno, że oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, ponieważ do uzupełnienia dokumentów doszło po upływie terminu wyznaczonego w wezwaniu przez Zamawiającego, jak i że we wniosku o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu Przystępujący powołał się na nieprawdziwe okoliczności.

Już wówczas Przystępujący wskazał zatem Zamawiającemu na okoliczności, które stały się podstawą wniesionego odwołania. Odwołujący zdecydował się jednak wnieść odwołanie dopiero, kiedy okazało się, że w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej oferta Przystępującego uzyskała najwyższą liczbę punktów, co - mając na uwadze, iż Odwołujący jest podmiotem profesjonalnym, zobowiązanym do działania z należytą starannością mierzoną z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności - uznać należy za działanie spóźnione. Wskazać należy, że w aktualnym stanie prawnym w postępowaniach o wartości nie przekraczającej progów uniżnych zaskarżeniu podlegać może każda czynność i każde zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia (por. art. 513 ustawy Pzp). Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 31 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 28/21, przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakazują liczenia terminów na wniesienie odwołania od daty wyboru oferty najkorzystniejszej, tylko od momentu przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę do jego wniesienia bądź w zależności od przyjętej kwalifikacji od dnia, w którym powzięto, lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Odwołujący już w dniu 7 marca 2022 r., dowiedział się o uznaniu przez Zamawiającego oferty Przystępującego za niepodlegającą odrzuceniu i zaproszeniu Przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej, jak i dysponował wtedy już pełną dokumentacją umożliwiającą podniesienie zarzutów zawartych w odwołaniu. Po tym dniu nie ujawniły się w sprawie żadne nowe okoliczności faktyczne w zakresie objętym zarzutami odwołania, które nie byłyby znane w dniu 7 marca 2022 r., w szczególności w postępowaniu nie podejmowano żadnych dalszych czynności w zakresie badania istnienia podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego, nie zmieniono dokonanej podczas zaproszenia do aukcji elektronicznej oceny, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu. Nieuzasadnione byłoby zatem przyzwolenie w takiej sytuacji, aby istniejące uprzednio okoliczności, co do których Odwołujący powziął wiadomość w chwili otrzymania zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, służyły za podstawę do wnoszenia odwołania na późniejszym etapie postępowania, kiedy to wynik tego

postępowania okazał się dla Odwołującego niekorzystny.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 553 zdanie drugie ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 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:

