sygn. akt KIO 1787/22

POSTANOWIENIE
z dnia 20 lipca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 20 lipca 2022 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2022 roku, przez wykonawcę Z. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.P.H.U. „ZBYCH-TRANS" Z. B., ul. Krótka 5A; 62-610 Lubstów, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Ślesin, ul. Kleczewska 15; 62-561 Ślesin,

przy udziale wykonawcy BUD-AN sp. z o.o., ul. Śródmiejska 15; 62-800 Kalisz, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Z. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.P.H.U. „ZBYCH-TRANS" Z. B., ul. Krótka 5A; 62-610 Lubstów i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć

tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Z. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.P.H.U. „ZBYCH-TRANS" Z. B., ul. Krótka 5A; 62-610 Lubstów, tytułem wpisu od odwołania,

3. Zasądza od wykonawcy Z. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.P.H.U. „ZBYCH-TRANS" Z. B., ul. Krótka 5A; 62-610 Lubstów na rzecz zamawiającego Gmina Ślesin, ul. Kleczewska 15; 62-561 Ślesin, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów postępowania związanych z wynagrodzeniem pełnomocnika.

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 1787/22

Uzasadnienie

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

W dniu 30 czerwca 2022 roku, zamawiający poinformował odwołującego o wynikach prowadzonego postępowania.

Odwołanie zostało wniesione w dniu 5 lipca 2022 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie polega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a 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.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Pzp zaniechań/czynności zamawiającego, polegających na:

1) zaniechaniu przyznania ofercie odwołującego 3 punktów w kryterium pozacenowym (test znajomości inwestycji), a w konsekwencji nieprawidłowym wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Bud-An sp. z o.o. (dalej jako „Bud-An") jako oferty najkorzystniejszej,

2) ewentualnie - zaniechaniu unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. test znajomości inwestycji będący kryterium oceny ofert był niejednoznaczny, co naruszyło zasadę konkurencyjności,

3) ewentualnie - zaniechaniu unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. zamawiający dokonał zmiany w treści złożonych ofert;

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez błędne zaniechanie przyznania ofercie odwołującego 3 punktów w kryterium pozacenowym (test znajomości inwestycji), a w konsekwencji nieprawidłowy wybór oferty Bud-An jako oferty najkorzystniejszej;

2. ewentualnie - art. 255 ust. 6 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. test znajomości inwestycji będący kryterium oceny ofert był niejednoznaczny, co doprowadziło do naruszenia zasady konkurencyjności;

3. ewentualnie - art. 255 ust. 6 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego tj. zamawiający dokonał zmiany w treści złożonych ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert,

2) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny ofert oraz przyznania ofercie odwołującego 3 dodatkowych punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert (test znajomości inwestycji),

3) ewentualnie w przypadku braku uwzględnienia wniosków jak powyżej, nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania z uwagi na niemożliwą do usunięcia wadę prawną postępowania, skutkującą niemożnością porównania złożonych ofert,

4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, stwierdzić należało, co następuje.

Zgodnie z art. 513 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami

ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy. Natomiast z pkt 2 wynika, że odwołanie przysługuje także na zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie urnowy ramowej dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

Z brzmienia ww. przepisów jednoznacznie wynika, że odwołanie może zostać złożone na każdą podjętą lub zaniechaną czynność, a w niniejszej sprawie odwołujący zarzuca „zaniechanie przyznania ofercie odwołującego 3 punktów w kryterium pozacenowym (test znajomości inwestycji), a w konsekwencji nieprawidłowy wybór oferty złożonej przez wykonawcę BUD-AN Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej".

Zgodnie z 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, a z art. 515 ust. 3 pkt 2 Pzp wynika, że odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

W kontekście terminu złożenia odwołania istotne znaczenie ma fakt, że w dniu 17 maja 2022 r. odwołujący otrzymał informację o wynikach testu, która zawierała odpowiedzi zaznaczone przez osobę przystępującą do testu, odpowiedzi prawidłowe, liczbę punktów uzyskanych w teście oraz liczbę punktów uzyskanych w ramach kryterium oceny ofert. Oznacza, to że już w dniu 17 maja 2022 r, odwołujący uzyskał wiedzę o rzekomym zaniechaniu przyznania punktów w ramach kryterium testu znajomości inwestycji, więc od tego dnia liczony powinien być termin na złożenie odwołania. Podobnie w przypadku zarzutu zaniechania unieważnienia postępowania z powodu rzekomej niejednoznaczności testu, warto zauważyć, że odwołujący w dniu 17 maja 2022 r., uzyskał wiedzę o poprawnych odpowiedziach, które zakwestionował dopiero w odwołaniu złożonym w dniu 5 lipca 2022 r. (dowód: Informacja o wynikach testu z dowodem jej wysłania odwołującemu w dniu 17 maja 2022 r.).

Pomimo uzyskanej wiedzy o wyniku testu i przyznaniu punktów w ramach tego kryterium, a także zarzucanej niejednoznaczności testu, odwołujący nie złożył odwołania od tej czynności/zaniechania, więc nie jest możliwe późniejsze kwestionowanie prawidłowości przyznania punktów w ramach tego kryterium. Bez znaczenia dla sprawy jest okoliczność, iż odwołujący w dniu 17 maja 2022 roku, otrzymał wynik w odniesieniu do swojego testu, nie otrzymał wyniku dla konkurencyjnego wykonawcy (przystępującego) i wywodzony z tego braku interesu we wniesieniu odwołania na etapie po 17 maja 2022 r., gdyż miałoby to znaczenie w przypadku, gdyby przedmiotem zarzutów odwołania był wynik testu przystępującego. Odwołujący jednak ograniczył zakres zarzutów tylko względem własnego wyniku testu.

Odnośnie do zarzutu odwołującego dotyczącego dokonania zmiany treści ofert z uwagi na przeprowadzenie testu znajomości inwestycji po terminie otwarcia ofert, należy stwierdzić, że odwołanie w tym zakresie tym bardziej należy uznać za złożone po terminie. Informacja o dacie testu, która prawidłowo została wyznaczona po terminie otwarcia ofert, znalazła się w SWZ (rozdział lll ust. 4 pkt 1 lit. b ppkt 1 lit. a) opublikowanej w dniu 28 kwietnia 2022 r., zatem od tego terminu odwołujący miał czas na złożenia odwołania wobec treści dokumentów zamówienia, jednak tego nie uczynił. Wyznaczenie terminu testu po terminie otwarcia ofert było uzasadnione i nie stanowiło zmiany treści oferty, a jedynie stanowiło

jedno z kryteriów oceny, które było znane wykonawcom w chwili opublikowania dokumentów zamówienia. Jednocześnie składając ofertę wykonawcy załączali wykaz osób skierowanych do testu kompetencji, więc prawidłowe było przeprowadzenie testu dla wykonawców już po złożeniu ofert.

W ocenie Izby, wszystkie wyżej wskazywane okoliczności sprawy, w sposób bezpośredni potwierdzają, że odwołanie wniesione w dniu 5 lipca 2022 roku, jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem terminu określonego w ustawie (art. 528 pkt 3 ustawy Pzp).

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, odwołujący przy pierwszej czynności, z której wynikała okoliczność stanowiąca podstawę do wniesienia odwołania, powinien ustalić jaki jest jej zakres i jakie może nieść konsekwencje. Uchybienia po stronie odwołującego, nie mogą następnie stanowić podstawy do wzruszania zawitego terminu na wniesienie odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 557 ustawy Pzp oraz § 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: .....