

Sygn. akt: KIO 2919/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 3 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Elżbieta Dobrenko

Joanna Gawdzik-Zawalska

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 3 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: CLIMATIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, TECHKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą lidera w Michałowicach w postępowaniu prowadzonym przez Agencję Mienia Wojskowego w Warszawie

Uczestnicy postępowania:

A.....wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszający

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

B.....wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum:

ERBUD Spółka Akcyjna, Pracownia Projektowa SKEB S.K. K. Spółka jawna z siedzibą lidera w Olsztynie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 2919/24

Uzasadnienie

Agencja Mienia Wojskowego (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) postępowanie o udzielenie zamówienia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa dwóch budynków koszarowych z częścią administracyjno-biurową w technologii modułowej i czterech mobilnych hal magazynowych wraz z infrastrukturą techniczną - w m. Augustów, numer referencyjny: DZP-BP.2611.143.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 16 kwietnia 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer ogłoszenia: 224603-2024.

W dniu 23 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców za pośrednictwem poczty elektronicznej o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W dniu 12 sierpnia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: CLIMATIC Sp. z o.o. Sp. k., TECHKO Sp. z o.o. (dalej łącznie: „Odwołujący”) 2024 r. wnieśli odwołanie wobec tej czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 146 ust.1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania i odrzucenia wniosku, a w konsekwencji zakwalifikowanie do drugiego etapu postępowania, wykonawcy Budimex S.A. i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ERBUD S.A. oraz Pracownia Projektowa SKEB S.K. K. sp. j., pomimo że zmaterializowały się wobec tych wykonawców przesłanki wykluczenia, o których mowa w przepisach art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 ustawy Pzp, ponieważ zarówno wykonawca Budimex S.A. jak i wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ERBUD S.A. oraz Pracownia Projektowa SKEB S.K. K. sp. j., w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawili

Zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd oraz mające wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, a w konsekwencji uznanie przez Zamawiającego, że wykonawcy ci złożyli wnioski niepodlegające odrzuceniu;

2) art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku wykonawcy Budimex S.A. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ERBUD S.A. oraz Pracownia Projektowa SKEB S.K. K. sp. j. jako niespełniających warunków udziału w postępowaniu, określonych w Opisie warunków

udziału, a w konsekwencji:

3) zasady równego traktowania wykonawców i zachowania zasady uczciwej konkurencji (art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp), art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy dopuszczonemu do składania ofert niezgodnie z ustawą Pzp, a także innych przepisów wskazanych z treści uzasadnienia odwołania.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Budimex S.A. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ERBUD S.A. oraz Pracownia Projektowa SKEB S.K. K. sp. j. jako

niepełniających warunków udziału w postępowaniu oraz podlegających wykluczeniu.

W uzasadnieniu zachowania terminu do wniesienia odwołania Odwołujący wskazał w szczególności, że 13 czerwca 2024 r. zwrócił się do Zamawiającego po raz pierwszy o udostępnienie wniosków złożonych przez wykonawców. 28 czerwca 2024 r. otrzymał odpowiedź odmowną. W dniu 23 lipca 2024 r. została opublikowana informacja dotycząca oceny złożonych wniosków, zaś 2 sierpnia 2024 r. Zamawiający udostępnił SWZ, PFU oraz projekt Umowy. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego ponownie z wnioskiem o udostępnienie dokumentów 2 sierpnia 2024 r., a w odpowiedzi z 7 sierpnia 2024 r. otrzymał wnioski złożone przez wszystkich wykonawców, z treścią których mógł się zapoznać. Od dnia udostępnienia powyższych wniosków Odwołujący mógł przeanalizować, czy wykonawcy zostali słusznie zakwalifikowani do drugiego etapu postępowania. Odwołujący wskazał: „Zgodnie z § 5 ust 4 Rozporządzenia w Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 roku w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający udostępnił wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1227/16 wskazała jednak, że opóźnienie w przekazaniu dokumentacji postępowania na prośbę wykonawcy, w sposób bezpośredni powoduje naruszenie przepisów ustawy PZP i w ocenie Izby prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji, jawności postępowania czy nierównego traktowania wykonawców. Z przywołanym wyżej stanowiskiem Izby należy się zgodzić, bowiem takie działanie Zamawiającego faktycznie ogranicza prawo wykonawcy do skutecznego i terminowego podniesienia zarzutów, co do czynności Zamawiającego bądź jego zaniechań. Zamawiający, „jako gospodarz postępowania, musi w sposób gospodarski tak zarządzać swoimi działaniami, aby nie wywoływały one uszczerbku w działaniu bądź możliwości działania wykonawców biorących udział w danym postępowaniu” (wyrok KIO z dnia 26.07.2016 roku sygn. akt KIO 1227/16). Z kolei termin na wniesienie odwołania, zgodnie z art. 515 ustawy Pzp wynosi 10 dni liczonych od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego 4

wniesienia. Całkowite pominięcie kwestii opóźnionego udostępnienia protokołu przy rozpatrywaniu terminowości odwołania zmuszałoby wykonawców do składania odwołań „fasadowych”, opartych wyłącznie o przypuszczenia co do ewentualnych naruszeń zamawiającego. Wykonawca musiałby zatem konstruować odwołanie nie bazując na faktach, a jedyną podstawą byłyby jego własne domniemania, tylko po to, aby dotrzymać terminu ustawowego. Takie podejście wydaje się naruszać podstawowe uprawnienie wykonawcy do ochrony swoich praw na gruncie PZP i należy je uznać za zbyt daleko idące. Prawo do odwołania stałoby się bowiem wyłącznie pozorne. Z uwagi na fakt, że termin 10 dni liczony od dnia 7 sierpnia 2024 r. upływa w dniu 17 sierpnia 2024 r., termin na wniesienie niniejszego Odwołania został zachowany. Tym samym, Odwołanie wniesione w dniu 12 sierpnia 2024 r. jest Odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowego terminu.”

Kopia odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego została przesłana Wykonawcom w dniu 13 sierpnia 2024 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej. Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie trzech dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Termin ten upłynął dnia 16 sierpnia 2024 r.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawcy: BUDIMEX S.A. (dalej: „Przystępujący BUDIMEX”) oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: ERBUD S.A., Pracownia Projektowa SKEB S.K. K. Sp. j. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikami postępowania.

Wykonawca UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego 19 sierpnia 2024 r., tj. po upływie ustawowego terminu. W związku z tym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego tego wykonawcy jest nieskuteczne.

Przystępujący BUDIMEX w pisemnym stanowisku, w pierwszej kolejności, wniósł o odrzucenie odwołania.

Zamawiający, w piśmie złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wniósł o odrzucenie odwołania z uwagi na jego wniesienie z uchybieniem ustawowego terminu.

W oparciu o przekazane przez Zamawiającego dokumenty zamówienia oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie przez Strony, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega rozpoznaniu jedynie wówczas, gdy nie wystąpiła przesłanka jego odrzucenia. W związku z tym Izba bada czy nie wystąpiły przesłanki odrzucenia odwołania,

których katalog zawiera art. 528 ustawy Pzp.

Zważywszy na ww. daty, wskazane przez Odwołującego, w pierwszej kolejności ustalenia wymaga, czy odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, który w niniejszym postępowaniu, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp wynosi 10 dni.

Stosownie przepisu art. 513 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje między innymi na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołanie będące przedmiotem analizy Izby, zostało wniesione wobec czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. O dokonaniu tej czynności Odwołujący pozyskał informację 23 lipca 2024 r. Odwołanie zostało wniesione 12 sierpnia 2024 r.

Zdaniem Odwołującego, termin na wniesienie odwołania należy liczyć od otrzymania przez niego od Zamawiającego wniosków, złożonych przez konkurencyjnych wykonawców i innych dokumentów postępowania, tj. od 7 sierpnia 2024 r., a zatem termin ten upływał 17 sierpnia 2024 r., czyli wnosząc odwołanie 12 sierpnia 2024 r., uczynił to z dochowaniem ustawowego terminu.

W ocenie Zamawiającego i Przystępującego BUDIMEX natomiast, termin na wniesienie odwołania należy liczyć od otrzymania przez Odwołującego informacji o ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. od 23 lipca 2024 r., który upływał 2 sierpnia 2024 r. Tym samym odwołanie zostało wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

W ocenie Izby nie można podzielić stanowiska Odwołującego.

W okolicznościach analizowanej sprawy, nie jest trafiona argumentacja Odwołującego, przedstawiona w odwołaniu, z której wynika, że z uwagi na to, że przed dokonaniem przez Zamawiającego oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wystąpił do Zamawiającego o przekazanie określonych dokumentów, których wówczas nie otrzymał, a następnie 2 sierpnia 2024 r. wystąpił o udostępnienie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które otrzymał 7 sierpnia 2024 r., termin na wniesienie odwołania należy liczyć dopiero od tej daty.

Zauważenia wymaga, że wniosek z 13 czerwca 2024 r., został złożony na podstawie art. 2 ust. 1 i art. 10 ust. 1 ustawy z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej i nie dotyczył udostępnienia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lecz udostępnienia „złożonych ofert wraz z załącznikami oraz wszelkiej korespondencji

prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami”. W odpowiedzi z 20 czerwca 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że zgodnie z art. 1 ust. 2, przepisy tej ustawy nie naruszają przepisów innych ustaw określających odmienne zasady i tryb dostępu do informacji będących informacjami publicznymi. Dla udostępnienia wnioskowanych informacji, przepisy ustawy Pzp, określają odmienne zasady i tryb dostępu do tych informacji. Zgodnie z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek, a załączniki do tego protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym, że: oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert (...) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny (...). Zamawiający wskazał też, że wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami, będą mogły zostać udostępnione, nie wcześniej niż od dnia poinformowania wykonawców, którzy te wnioski złożyli, o wynikach oceny tych wniosków, natomiast oferty wraz z załącznikami będą mogły zostać udostępnione nie wcześniej niż po ich otwarciu, pozostałe załączniki do protokołu postępowania będą mogły zostać udostępnione po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający poprosił o wystąpienie z wnioskiem o udostępnienie żądanych informacji w trybie i na zasadach określonych w ustawie Pzp. Wskazał również, że informacje te udostępnione zostaną zgodnie z przepisami tej ustawy, w szczególności z zachowaniem terminów wynikających z postanowień art. 74 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący, powołując się na art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami w dniu 2 sierpnia 2024 r., który był ostatnim dniem na wniesienie odwołania od dokonanej czynności oceny wniosków i w którym Zamawiający opublikował zaproszenie do składania ofert oraz m.in. treść SWZ, PFU oraz Umowę.

Trudno zatem uznać, iż Odwołujący dochował aktów staranności w celu pozyskania informacji, które jego zdaniem pozwalały mu na sformułowanie zarzutów odwołania. Przeciwnie, Odwołujący z braku należytej staranności wymaganej od profesjonalisty, tj. w tym przypadku wystąpienia o udostępnienie wniosków wraz z załącznikami niezwłocznie po otrzymaniu informacji o wyniku ich oceny, próbuje wykreować uzasadnienie dla terminu na wniesienie odwołania, z uwzględnieniem wcześniej złożonego wniosku, który z oczywistych przyczyn z uwagi na brak na tym etapie ofert postępowania, a także - przyjmując omyłkę Odwołującego co do oznaczenia żądanych dokumentów - brak oceny wniosków, nie mógł być uwzględniony przez Zamawiającego.

W podsumowaniu należy stwierdzić, iż skoro odwołanie zostało wniesione wobec

czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o dokonaniu której Odwołujący pozyskał informacje w dniu 23 lipca 2024 r., to od tej daty należy liczyć termin na wniesienie odwołania, który bezskutecznie upłynął w dniu 2 sierpnia 2024 r. Okoliczność, iż w tej dacie, w miejsce złożenia odwołania, Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie może wpływać na zmianę

ustawowego terminu na skorzystanie przez wykonawcę ze środka ochrony prawnej. Termin do wniesienia odwołania jest terminem zawitym, nie podlega on przywróceniu, jak też modyfikacjom.

Stosownie do art. 528 pkt 3 ustawy Pzp: Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Z tych względów odwołanie podlega odrzuceniu.

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

Przewodnicząca: