Sygn. akt: KIO 3611/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 9 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 9 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2024 r. przez wykonawcę Grupa E sp. z o.o. w Tychach

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Żywiec w Żywcu postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7.500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Grupa E sp. z o.o. w Tychach, stanowiącej wpis 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.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 3611/24

U z a s a d n i e n i e

Miasto Żywiec w Żywcu, zwane dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest zakup sprzętu informatycznego i urządzeń bezpieczeństwa wraz z licencjami, dostawą i montażem, w ramach projektu „Cyberbezpieczny Urząd".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 17 lipca 2024 r., nr 2024/BZP 00417481.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu 2 października 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Grupa E sp. z o.o. w Tychach, zwany dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Stinet sp. z o.o., którego treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia,

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie jego oferty jako oferty, której treści jest niezgodna z warunkami zamówienia, podczas, gdy taka niezgodność nie występuje.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności odrzucenia swej oferty,

2) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenia oferty Stinet jako oferty, której treść jest zgodna z warunkami zamówienia oraz dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 3 października 2024 r. zawiadomił wykonawców, iż unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynność oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności izba oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie z 8 października 2024 r. zamawiający wskazał, że kopię odwołania odwołujący przekazał mu za pomocą poczty elektronicznej na adres mailowy w dniu 2 października 2024 r. o godzinie 18:42, tj. po godzinach urzędowania tutejszego Urzędu Miejskiego w Żywcu. Wskazał, że zgodnie z Regulaminem Pracy Urzędu Miejskiego w Żywcu, wprowadzonym Zarządzeniem Burmistrza Miasta Żywca Nr BOB.0050.136.2022.SM z dnia 15 czerwca 2022 r., godziny pracy pracowników

zatrudnionych na stanowiskach urzędniczych obejmują godziny od 7:30 do 16:00 (system dwuzmianowy). Informacja o godzinach pracy Urzędu Miejskiego w Żywcu jest również dostępna na stronie internetowej Miasta Żywiec oraz na stronie BIP Urzędu Miejskiego w Żywcu . Zamawiający oświadczył, że z treścią odwołania zapoznał się dopiero 3 października 2024 r.

Tak sformułowany wniosek o odrzucenie odwołania okazał się niezasadny i to niezasadny w sposób oczywisty.

Stosownie do art. 528 pkt 6 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 514 ust. 2. Z kolei przepis art. 514 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż Odwołujący przekazuje kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Nie było sporne między stronami, że wobec przesłania odwołującemu przez zamawiającego drogą elektroniczną zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania w dniu 27 września 2024 r., pięciodniowy termin na wniesienie odwołania wobec czynności

zaskarżonych w odwołaniu upływał 2 października 2024 r. (art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp). Nie ulegało również wątpliwości, że termin ten, jako termin oznaczony w dniach, kończy się z upływem ostatniego dnia, a więc 2 października 2024 r. o g. 24.00 (art. 509 ust. 1 Pzp w zw. z art. 111 § 1 KC). Bez znaczenia pozostaje w tej sytuacji okoliczność, czy nastąpi to po godzinach pracy zamawiającego. Termin na wniesienie odwołania jest terminem ustawowym. Z mocy art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, w tym też terminie odwołujący miał obowiązek przesłać zmawiającemu kopię odwołania w taki sposób, aby zamawiający mógł się z zapoznać z jego treścią przed upływem tego terminu. Dostrzeżenia wymaga także, że stosownie do art. 61 KC :

> § 1. Oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. § 2. Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.

Jak wynika z przywołanych przepisów, z punktu widzenia znajdujących zastosowanie w niniejszej sprawie przepisów materialnego prawa cywilnego bez znaczenia pozostaje zatem kwestia, czy adresat faktycznie zapoznał się z treścią składanego mu oświadczenia. Istotne jest jedynie, czy oświadczenie zostało mu przesłane w taki sposób, że potencjalnie miał możliwość zapoznania się z jego treścią.

Ustalono, że korespondencję z kopią odwołania odwołujący przesłał mejlem w dniu 2 października 2024 r. o g. 18.42 na adres . Adres ten należał do zamawiającego, a więc z tym momentem zamawiający niewątpliwie miał możliwość zapoznania się z treścią wniesionego odwołania. Okoliczność, że zamawiający zapoznał się z treścią odwołania dopiero w dniu 3 października 20924 r., w świetle przepisów prawa pozostawała bez jakiegokolwiek znaczenia.

Kierując się powyższymi rozważaniami wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania należało oddalić jako bezzasadny w sposób oczywisty.

W dalszej kolejności izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć odwoławcze, gdyż dalsze postępowanie stało się zbędne. Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Zbędność postępowania odwoławczego wynikała z faktu, że po wniesieniu odwołania zamawiający pismem z dnia 3 października 2024 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Stinet sp. z o.o. oraz czynność oceny ofert, które zostały zaskarżone w odwołaniu oraz powrócił do czynności badania i oceny ofert.

Na uwagę zasługuje fakt, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest tym momentem, który wyznacza koniec procesu badania i oceny ofert, w tym analizy istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, podstaw odrzucenia oferty, czy badania skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstw informacji składanych przez wykonawców. Zamawiający wybierając daną ofertę jako najkorzystniejszą przesądza, że oferta ta nie podlega odrzucaniu, a wykonawca który ją złożył nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Skutkiem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej było to, że zamawiający powrócił do etapu badania i oceny ofert. O zakończeniu tego procesu będzie można mówić w momencie zawiadomienia wykonawców o rezultatach badania (np. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej czy unieważnienia postępowania).

Dostrzeżenia wymaga również, że zgodnie z art. 513 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje na:

1) 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;

2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;

3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na

podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Z przepisu tego wynika zatem, że odwołanie nie przysługuje wobec zamiaru czy zapowiedzi dokonania bądź niedokonania jakiejś czynności. W tej sytuacji rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów skierowanych wobec historycznych, nieistniejących na moment wyrokowania, czynności zamawiającego stało się zbędne. Wykonawcom służyć będzie prawo wniesienia odwołania w terminie liczonym od dnia zawiadomienia o ewentualnej nowej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej lub czynności unieważnienia postępowania, gdyż dopiero w tym momencie będzie można mówić o istnieniu substratu zaskarżenia (to jest czynności lub zaniechania zamawiającego).

Na konieczność umorzenia postępowania odwoławczego w analogicznej sytuacji wielokrotnie zwracano uwagę w orzecznictwie Izby, por. przykładowo postanowienie Izby z dnia 4 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3094/21 oraz KIO 3105/21.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Izba, kierując się wynikiem postępowania odwoławczego, stosując przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego oraz zwrócić odwołującemu kwotę uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: ……..……