

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 10 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 10 lipca 2024 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2024 r. przez Odwołującego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **M.S.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą PHU TOWEMO M.S., ul. Żeromskiego 73k, 05-400 Otwock **Towemo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Marszałkowska 4, 05-402 Otwock w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Otwock**, ul. Armii Krajowej 5, 05-400 Otwock

przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego – Wykonawcy **TOMIRAF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**, ul. Trakt Lubelski 1G, 05-408 Wola Karczewska

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: M.S. (PHU TOWEMO M.S.), Towemo Sp. z o.o. 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.

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 2252/24

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Otwock, w trybie podstawowym *nawykonanie rozbudowy ul. Ślusarskiego i ul. Pułaskiego do Ronda Polskiego Państwa Podziemnego w Otwocku w Gminie Otwock zgodnie z załączoną dokumentacją do postępowania przetargowego w ramach zadania budżetowego „Rozbudowa dróg gminnych w Otwocku – etap VIII – ul. Ślusarskiego o ul. Pułaskiego”* (nr postępowania: WZP.271.19.2024), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24.04.2024 r., 2024/BZP 00300212, wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Tomiraf Sp. z o.o. sp.k. z/s w Woli Karczewskiej, wniesione zostało w dniu 27.06.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: PHU TOWEMO M.S., Towemo Sp. z o.o. z/s w Otwocku (sygn. akt KIO 2252/24).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp poprzez nie odrzucenie oferty wykonawcy Tomiraf sp. z o.o. sp.k., pomimo niespełniania warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt VIII ppkt 2 lit c swz;
2. art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie poinformowania o odrzuceniu ofert wykonawcy Tomiraf sp. z o.o. sp.k., pomimo zaistnienia przesłanej do jej odrzucenia;
3. art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty Tomiraf sp. z o.o. sp. k., która z mocy ustawy podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości nakazanie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, a także nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Tomiraf sp. z o.o. sp.k.

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawców w dniu 4.06.2024 r., natomiast podmiotowe środki dowodowe złożone przez wykonawcę Tomiraf sp. z o.o. sp.k. udostępnił Odwołującemu w dniu 24.06.2024 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie oferty wybranej w dniu 07.06.2024 r.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca – Tomiraf Sp. z o.o. sp. k.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym bez udziału stron w dniu 10.07.2024 r., Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zachodzi przesłanka do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako Ustawa).

Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że *odwołanie wniesione zostało po upływie terminu określonego w ustawie.*

Zgodnie z art. 515 ust. 2 Ustawy odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkursu lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie *5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.*

Wartość przedmiotowego zamówienia wynosi 8.018.734,19 zł netto i nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Ustawy.

W sprawie okoliczności stanowiące podstawę zarzutów dotyczą czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę TOMIRAF Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Woli Karczewskiej z uwagi na wadliwość czynności badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt VIII ppkt 2 lit. C swz. O czynności tej Zamawiający poinformował wykonawców w dniu 04.06.2024 r., co nie jest okolicznością sporną. Odwołujący, jako czynność, która miałaby wyznaczać początek biegu terminu na wniesienie odwołania wskazał na moment, w którym udostępniona została oferta tego wykonawcy wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi, co miało miejsce w dniu 24.06.2024 r.

Ponieważ odwołanie wniesione zostało na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty wybranej (Tomiraf sp. z o.o. sp. k.), termin, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 Ustawy rozpoczął bieg od dnia *przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia.* Termin na wniesienie odwołania nie mógł zatem rozpocząć biegu z dniem udostępnienia oferty wybranej, co nie stanowi czynności objętej zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Podstawą zarzutów jest wyłącznie czynność badania i wyboru oferty najkorzystniejszej. Brak możliwości zapoznania się w terminie wcześniejszym z podmiotowymi środkami dowodowymi złożonym w trakcie procedury przetargowej nie stanowi okoliczności objętej zarzutami, a tym samym Izba nie była uprawniona do oceny, czy czynność udostępnienia treści oferty wybranej w terminie wskazanym w odwołania była wynikiem opieszałości Zamawiającego lub Wykonawcy. Dla ustalenia, czy odwołanie wniesione zostało w terminie, w okolicznościach niniejszej sprawy znaczenie ma wyłącznie zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, które zostało przekazane wykonawcom w dniu 04.06.2024 r., co potwierdza sam Odwołujący w treści odwołania (str. 4). Czynność udostępnienia Odwołującemu oferty wybranej nie miała znaczenia dla samego wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym sensie, iż nie mogła zmieniać samej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i decyzji o wyborze oferty wykonawcy Tomiraf sp. z o.o. sp.k. Stanowiła ona odrębną, od wyboru oferty najkorzystniejszej, czynność faktyczną Zamawiającego, która nie została objęta zarzutami w odwołaniu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Na podstawie § 5 i § 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 od odwołania* (Dz. U. poz.2437) Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 10.000 zł.

Przewodniczący:.....