**Sygn. akt: KIO 1439/24**

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 17 maja 2024 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 17 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2024 roku przez wykonawcę Ratownictwo Wodne Rzeczpospolitej, Oddział w Gliwicach
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Miejski Zarząd Usług Komunalnych z siedzibą w Gliwicach
przy udziale wykonawcy Fundacja Wodna Służba Ratownicza z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Ratownictwo Wodne Rzeczpospolitej, Oddział w Gliwicachi zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Ratownictwo Wodne Rzeczpospolitej, Oddział w Gliwicach 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 1439/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Miejski Zarząd Usług Komunalnych z siedzibą w Gliwicach –prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na podstawie art. 275 pkt. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), którego przedmiotem jest świadczenie usług ratownictwa wodnego na terenie wybranych obiektów Miejskiego Zarządu Usług Komunalnych w podziale na 5 części (nr referencyjny postępowania MZUK.EPZ.50.90.2023)(dalej „postępowanie").
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00570157/01 dnia 22 grudnia 2023 r.

Wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi społeczne i inne usługi szczególne, o których mowa w art. 359 pkt 2 ustawy pzp nie przekracza progów unijnych.
W dniu 25 kwietnia 2024 r. wykonawca Ratownictwo Wodne Rzeczpospolitej, Oddział w Gliwicach (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu polegających na:
1. wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty w zakresie Części 1-4 wykonawcy WODNA SŁUŻBA RATOWNICZ (dalej jako WSR"),
2. Unieważnieniu postępowania - w związku z upływem terminów związania z ofertą na podstawie art. 307 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych.
3. Niezgodnej z przepisami ustawy pzp czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - naruszeniu przepisów o pełnomocnictwie w rozumieniu ustawy Kodeksu Cywilnego.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem.

Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący wskazał

1. W niniejszym postępowaniu, w oczywisty sposób upłynął termin 30 dni związania ofertą - przewidziany w przepisie art. 307 ust. 1 ustawy pzp. Dopuszczalny termin związania ofertą to maksymalnie 30 dni (por.: Prawo zamówień publicznych - komentarz - pod red. H. Nowaka i M. Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2019 r., s. 879). Zamawiający nie zastosował przy tym normy z ust. 2 art 307 PZP, który to tryb umożliwiłby przedłużenie

terminu z art. 307 ust. 1 o kolejne 30 dni. Jak wynika ze stanowiska wyrażonego w ww. publikacji: "zamawiający jeszcze w okresie związania ofertą ma obowiązek zwrócenia się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu" (terminu z art 307 ust. 1 PZP) - wytłuszczenie "ma obowiązek" pochodzi wprost z tej publikacji. Powyższe ustawowe terminy posiadają charakter zawity - prekluzyjny. Wynika to w szczególności z obligatoryjne charakteru tej normy - o czym przesądza zwrot: "ma obowiązek". Tym samym, wobec potrzeby zapewnienia bezpieczeństwa obrotu gospodarczego oraz przejrzystości zamówień publicznych, cała procedura przetargowa powinna być powtórzona.

2. W przedmiotowej sprawie, pretekstem do odrzucenia pierwotnie wybranej - najkorzystniejszej oferty Odwołującego miałoby być jednoosobowe podpisanie dokumentów przetargowych przez prezesa Zarządu Oddziału w Gliwicach Ratownictwa Wodnego Rzeczpospolitej (RWR) K.W.. Tymczasem, uchwała Zarządu Głównego RWR z 11.06.2022 r. - wydana na podstawie stosownego przepisu statutu RWR — paragraf 46. Uchwała ta upoważnia pozostałych członków zarządów terenowych do udzielania pełnomocnictwa prezesom tych zarządów terenowych do reprezentacji jednoosobowej. Co więcej, w realiach postępowania, prezes RWR w Gliwicach K. Wasilewski przesłał drogą elektroniczną opisane wyżej pełnomocnictwo, podpisane przez pozostałych członków zarządu oddziału gliwickiego. A dodatkowo - cały dokument opatrzył swym podpisem - zgodnie z zaleceniami innych zamawiających. Stoimy na stanowisku, iż nadmiar (jeśli nawet) podpisów, nie może stanowić . o odrzuceniu najkorzystniejszej oferty. Reasumując - zamawiający błędnie uznał, iż przedłożone przez Odwołującego, uzupełniające dokumenty dotyczące pełnomocnictwa dla K. Wasilewskiego są niekompletne. Tymczasem znalazły się tam przecież podpisy obu pozostałych członków zarządu. Można zatem stwierdzić, że dodatkowy podpis K.W. to „nadkomplet” podpisów — czyli nie może stanowić o „niekompletności”. Nie jest to też nawet „oczywista omyłka pisarska”. C

3. Bezsprzecznym jest fakt, że zgodnie z art. 103 k.c., jeżeli zawierający umowę jako pełnomocnik nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres, ważność umowy zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której . imieniu umowa została zawarta. Z przepisu tego wynika wprost, że dopuszczalna jest sytuacja zawierania umów bez należytego umocowania. Umów — a tym bardziej: składania ofert dotyczących umów. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego (por. np. wyrok z 7 października 2010 r. IV CSK 95/10), skutek zawartej przez pełnomocnika umowy w postaci nieważności następuje dopiero po definitywnej odmowie potwierdzenia, a także z bezskutecznym upływem zakreślonego terminu. To czy będzie ona ważna, zależy od potwierdzenia jej dokonania przez mocodawcę. Potwierdzenie czynności następuje już po dacie jej dokonania. Nie ma więc konieczności, aby potwierdzenie nastąpiło w tej samej . dacie co dana czynność. A zatem nie ma nawet potrzeby antydatowania dokumentu. Skoro niepełne pełnomocnictwo dopuszczalne jest w OSN w odniesieniu do zawierania umowy, to tym bardziej dopuszczalne jest w zakresie zaledwie przedstawiania oferty takiej umowy.

4. Zamawiający zaniechał wykonania swego ustawowego obowiązku w trybie art. 128 ust 1 PZP wezwania wykonawcy RWR do uzupełnienia dokumentów potwierdzających umocowanie jednoosobową reprezentację dla K.I. - pod rygorem odrzucenia oferty. Uczynił to dopiero po pierwszym rozstrzygnięciu KIO. A zatem było to już po terminie — który to termin zamawiający naruszył.

5. Zamawiający nie poinformował w przewidzianym prawem trybie o swej decyzji w odniesieniu do pierwotnie wybranego wykonawcy RWR. O decyzji zamawiającego, wykonawca dowiedział się "pocztą pantoflową". Powyższe znacznie utrudniło (by nie stwierdzić: uniemożliwiło) wykonawcy skorzystanie z normalnej procedury odwoławczej do KIO. W tej sytuacji, alternatywnie pozostaje przynajmniej przywrócenie terminu do wniesienia środka odwoławczego dla pierwotnie wybranego wykonawcy. W tym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę, iż przesłanki powtórzenia procedury przetargowej leżą po stronie zamawiającego — i to w wielu opisanych wyżej aspektach, wnosimy o doprowadzenia do rozstrzygnięcia na podstawie i w granicach przepisów prawa. Niezależnie od naruszeń przepisów PZP, działania zamawiającego naruszają w sposób jaskrawy zasady współżycia społecznego (art. 5 k.c.). Stoją również w sprzeczności z zasadami szczegółowymi wynikającymi z ogólnej zasady demokratycznego państwa prawnego, urzeczywistniającego zasady współżycia społecznego (art. 2 Konstytucji RP) — zwłaszcza z zasadą zaufania do państwa polskiego (zasadą bezpieczeństwa prawnego). Ponadto pierwotny wybór najkorzystniejszej oferty - czyli RWR w Gliwicach był zgodny z interesem finansów publicznych.

Dnia 29 kwietnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Fundacja Wodna Służba Ratownicza z siedzibą we Wrocławiu (dalej także: przystępujący) wnosząc o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

W postępowaniu odwoławczym przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Fundacja Wodna Służba Ratownicza z siedzibą we Wrocławiu (dalej także: Przystępujący).

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na podstawie art. 275 pkt. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity

Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), którego przedmiotem jest świadczenie usług ratownictwa wodnego na terenie wybranych obiektów Miejskiego Zarządu Usług Komunalnych w podziale na 5 części (nr referencyjny postępowania MZUK.EPZ.50.90.2023). Wartość niniejszego zamówienia, którego przedmiotem są usługi społeczne i inne usługi szczególne, o których mowa w art. 359 pkt 2 ustawy pzp nie przekracza progów unijnych.

Zgodnie z Rozdziałem 11 pkt 2) SWZ w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego komunikacja miedzy Zamawiającym a Wykonawcami (z zastrzeżeniem sposobu przygotowania i złożenia oferty) odbywa się przy użyciu Platformy e-Zamówienia, która jest dostępna pod adresem https://ezamowienia.gov.pl lub poczty elektronicznej. Z kolei w Rozdziale 12 pkt 1) Zamawiający wskazał, że nie przewiduje odstąpienia od użycia środków komunikacji elektronicznej.

Izba ustaliła, że w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miała miejsce sprawa odwoławcza o sygn. akt KIO 334/24 w której odwołanie złożył Przystępujący w niniejszej sprawie. W wyroku z dnia 22 lutego 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert Odwołującego najkorzystniejszych we wszystkich częściach postępowania dokonanej dnia 22 stycznia 2024 r., ponowienie procesu badania i oceny ofert, w tym wezwanie Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia w wyznaczonym terminie dokumentu potwierdzającego umocowanie dla osoby reprezentującej Wykonawcę oraz wezwanie Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień zaoferowanej ceny oferty.

Zamawiający wykonując przedmiotowy wyrok Izby dnia 15 marca 2024 r. dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 22 stycznia 2024 r. w zakresie wszystkich części postępowania oraz poinformował, iż dokona ponownej czynności badania i oceny ofert. W toku ponownej czynności badania i oceny ofert Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz do uzupełnienia prawidłowego pełnomocnictwa w zakresie wszystkich części zamówienia. W dniu 20 marca 2024 r. Odwołujący, złożył wyjaśnienie w zakresie rażąco niskiej ceny oraz uzupełnił wymagane pełnomocnictwo. Zamawiający po analizie otrzymanych dokumentów uznał je za niekompletne i niewystarczające. Tym samym Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w zakresie wszystkich części zamówienia. W dalszym toku czynności badania i oceny ofert Zamawiający:

W dniu 2 kwietnia 2024 r. wezwał Przystępującego w zakresie części 1 do 4 zamówienia do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania;

W dniu 27.03.2024 r. wezwał wykonawcę Ratownictwo Wodne Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w zakresie części 5 zamówienia do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania

Przystępujący w zakresie części 1 do 4 zamówienia oraz wykonawca Ratownictwo Wodne Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w zakresie części 5 zamówienia w terminie złożyli wymagane dokumenty a Zamawiający uznał całość dokumentacji za potwierdzającą spełnienie warunków udziału w postępowaniu i potwierdzającą brak podstaw do wykluczenia z postępowania. Oferta Przystępującego została uznana za zgodną z ustawą Prawo zamówień publicznych i warunkami zamówienia oraz uzyskała największą ilość punktów w kryterium oceny ofert, a tym samym została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu w zakresie części 1 do 4 zamówienia, zaś oferta wykonawcy Ratownictwo Wodne Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w zakresie części 5 zamówienia.

Informację o obu powyższych czynnościach tj. odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze ofert najkorzystniejszych w zakresie części od 1 do 5 Zamawiający opublikował na stronie postępowania dnia 19 kwietnia 2024 r., jak również tego samego dnia przesłał treść powyższego rozstrzygnięcia do wykonawców biorących udział w postępowaniu.

**Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp, tj. z powodu jego wniesienia po upływie terminu przewidzianego w ustawie.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że wartość przedmiotowego postępowania jest niższa niż progi unijne, zaś korespondencja pomiędzy zamawiającym a wykonawcami odbywa się drogą elektroniczną.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne:

a) 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,

b) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a.

Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz wyborze ofert najkorzystniejszych w dniu 19

kwietnia 2024 r. Tym samym, mając na uwadze treść art. art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp, termin do wniesienia odwołania na tę czynność zamawiającego upływał w dniu 24 kwietnia 2024 roku.

Jak wynika z Urzędowego Poświadczenia Odbioru dołączonego do odwołania, zostało ono doręczone na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 25 kwietnia 2024 roku o godz. 2:18. Odwołujący zatem naruszył termin określony w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie. Stosownie do art. 529 ust. 1 ustawy pzp Izba odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie § 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. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: …….....