

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 15 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 15 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2024 r. przez wykonawców J., M. i A.P. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmę Agencja Ochrony Mienia „Poglesz” J., M. i A.P. s.c. w Sanoku w postępowaniu prowadzonym przez Muzeum Budownictwa Ludowego w Sanoku

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Karabela” Sp. z o.o. oraz Agencja Ochrony „Huzar” Sp.j.

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od Odwołującego, J., M. i A.P. działających wspólnie w ramach spółki cywilnej pod firmą Agencja Ochrony Mienia „Poglesz” J., M. i A.P. s.c. w Sanoku na rzecz Zamawiającego Muzeum Budownictwa Ludowego w Sanoku kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez: Zamawiającego.

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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Muzeum Budownictwa Ludowego w Sanoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Fizyczna i techniczna ochrona mienia oraz dozorowanie terenów Muzeum Budownictwa Ludowego, tj. Parku Etnograficznego przy ul. Rybickiego 3 oraz budynków przy ul. Traugutta 3 w Sanoku”. Numer referencyjny: PT.MBL.I.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 stycznia 2024 r., pod nr: 2024/BZP 00040768. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych.

W dniu 4 marca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców Agencji Ochrony Mienia „Poglesz” J., M. i A.P. s.c. w Sanoku od czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”) oraz art. 17 ust. 2 PZP poprzez dokonanie przez Zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, podczas gdy nie spełniała ona wymagań wskazanych w pkt VIII.1.2 Specyfikacji Warunków Zamówienia, bowiem wykonawcy ci nie przedłożyli dowodów potwierdzających, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonali lub wykonują usługi będące przedmiotem postępowania, tj. referencji wydanych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, w sytuacji gdy z oświadczenia wykonawców nie wynika, że nie byli w stanie uzyskać tych dokumentów z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze oraz, z których wynika, że wykonawcy polegają na doświadczeniu

grupy wykonawców, których byli członkami oraz faktycznie i konkretnie wykonywali wskazany zakres usług.

Mając to na uwadze, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Jak uzasadnił w odwołaniu, trzy listy referencyjne złożone przez Przystępującego, w jego ocenie, nie spełniają kryteriów określonych w SWZ — wystawione zostały przez ZUS O/Jasło, Wojewódzki Szpital w Tarnobrzegu oraz ARiMR O/Kielce wcześniej niż 3 m-ce przed upływem terminu składania ofert, zaś wykonawca nie przedłożył przy tym oświadczenia, z którego wynikałoby, że nie był w stanie uzyskać tych dokumentów z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze. Nadto, w zakresie uzasadnienia zarzutu drugiego, Odwołujący wskazał, iż wybrana w postępowaniu oferta pochodzi od konsorcjum dwóch podmiotów, przy czym Zamawiający nie dopuścił, by wykonawca polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, jeżeli faktycznie i konkretnie nie wykonywał wykazywanego zakresu dostaw. Z przedłożonego listu referencyjnego Muzeum Wsi Mazowieckiej w Sierpcu wynika natomiast, że zakres usług określonych w tym piśmie świadczony był wyłącznie przez partnera konsorcjum, tj. Agencję Ochrony „HUZAR” Orzechowski Spółka jawna, natomiast Przedsiębiorstwo Wielobranżowe KARABELA Sp. z o.o. — Lider Konsorcjum, w tym kontrakcie w żadnym zakresie faktycznie i konkretnie nie wykonywała wykazywanego zakresu dostaw.

W odpowiedzi z dnia 13 marca 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w całości, podnosząc, iż Odwołujący jako podstawę do ustalenia terminu na wniesienie przedmiotowego odwołania błędnie przyjął art. 515 ust. 3 pkt 2 PZP, tymczasem termin odwołania, którego podstawą jest czynność wyboru oferty najkorzystniejszej powinien być ustalony w oparciu o art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a PZP, tj. 5 dni od dnia przekazania Wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, tym samym termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 28 lutego 2024 r.

Do postępowania zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Karabela” Sp. z o.o. oraz Agencja Ochrony „Huzar” Sp.j.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o regulację art. 528 pkt 3 PZP, z uwagi na to, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Jak ustalił skład orzekający w niniejszej sprawie, wykonawcy działający w ramach spółki cywilnej pod firmą Agencja Ochrony Mienia „Poglesz” J., M. i A.P. s.c. w Sanoku (dalej jako: „Agencja”) dnia 4 marca 2024 r. wnieśli odwołanie od czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. O wyborze tej oferty jako najkorzystniejszej zostali zawiadomieni w dniu 23 lutego 2024 r. Niemniej dopiero w dniu 27 lutego 2024 r. i to po godzinach pracy Zamawiającego (godz. 18.49), Odwołujący zwrócili się do Muzeum z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami, w tym ofertami wykonawców, korespondencją pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, „Pismami, informacjami i wszelkimi innymi materiałami przedłożonymi przez ww. wykonawców w toku postępowania; Kartami indywidualnej oceny ofert ww. wykonawców, jeśli doszło do takiej oceny przed datą udostępnienia.” Zamawiający, niezwłocznie już w dniu następnym, tj. 28 lutego udostępnił Odwołującemu żadaną dokumentację. Odwołujący wniósł odwołanie dopiero z upływem 5 dnia od tej czynności, podnosząc, iż dopiero wówczas powziął wątpliwość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia zamówienia, skoro wówczas Zamawiający przekazał Odwołującemu ofertę Przystępującego wraz z załącznikami, w tym kwestionowanymi listami referencyjnymi.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) 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. Z kolei, w świetle ust. 3 pkt 2 tego przepisu, w innych przypadkach niż wyżej wymienione, w tym gdy Zamawiający nie poinformował o kwestionowanej czynności, odwołanie 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 świetle przytoczonych przepisów, odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – wnosi się w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, tj. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Bezsporne jest, że Zamawiający poinformował o tej czynności Odwołującego. Tym samym, termin na wniesienie odwołania od zaskarżonej czynności przez wykonawców wspólnie działających jako Agencja upływał dnia 28 lutego 2024 r.

W niniejszej sprawie nie znajduje zastosowania termin, o którym mowa w ust. 3 pkt 2 ww. regulacji, tj. termin 5 dni liczony od dnia, w którym powzięto wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, skoro o zaskarżonej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający poinformował wykonawców. Nie zmienia tego wniosku fakt, tak jak to wskazał Odwołujący, iż dopiero w dniu 28 lutego 2024 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu ofertę Przystępującego wraz z załącznikami. Wszak, dokładnie w tym dniu upływał termin na wniesienie odwołania, tj.

Odwołujący mógł dotrzymać tego terminu. Co więcej, wyłącznie po stronie Odwołującego leży podjęcie wszystkich możliwych czynności, tj. dochowanie należytej staranności, by ww. terminu dochować. Tym samym, Odwołujący winien w pierwszym możliwym terminie zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami. Bynajmniej, Odwołujący nie wykazał, że takiej możliwości nie miał.

W świetle art. 74 ust. 2 PZP, załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie ulega wątpliwości, iż gdyby Agencja zwróciła się do Zamawiającego już w dniu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty tj. 23 lutego – z wnioskiem o udostępnienie ww. dokumentacji, to mając na uwadze niezwłoczne uwzględnienie wniosku przez Zamawiającego, Odwołującemu zostało by jeszcze kilka dni na przygotowanie i wniesienie odwołania. To wyłącznie po stronie Odwołującego leżą przyczyny niedochowania ww. terminów i obowiązków.

Pamiętać bowiem należy, co nie budzi w zasadzie wątpliwości w orzecznictwie KIO oraz literaturze przedmiotu, że PZP odnosi się do niewielu czynności zamawiającego, np. zaniechania odtajnienia oferty. Jak zastrzega bowiem ww. przepis, mowa o innych niż w ust. 1 tego przepisu czynnościach, czyli a contrario – czynnościach, o których Zamawiający nie poinformował. „Ewentualne powzięcie przez zainteresowanego wykonawcę wiadomości o nowych okolicznościach i dowodach już po wyborze oferty najkorzystniejszej, nie może oznaczać, iż zainteresowanemu wykonawcy zaczął ponownie biec termin do wniesienia odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i powiązane z nią ewentualne zaniechania zamawiającego dotyczące wykluczenia innego wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty.” (wyr. KIO z 4 października 2022 r., sygn. KIO 2549/22).

Nadto, należy podkreślić, iż jak wynika z jednolitej linii orzecniczej Krajowej Izby Odwoławczej: „Wymaga podkreślenia, że możliwość skorzystania ze środka ochrony prawnej przez wykonawców została ściśle ograniczona przez ustawodawcę terminami prekluzyjnymi, które przewidział on w celu maksymalnego skrócenia procedury odwoławczej oraz usprawnienia procesu udzielania zamówienia. Terminy te charakteryzują się tym, że nie mogą zostać przywrócone.” (wyrok KIO z 23 stycznia 2023 r., sygn. KIO 21/23). Izba w składzie rozpatrującym niniejszą sprawę stwierdziła, że Odwołujący nie dochował prekluzyjnego terminu 5 dni na wniesienie odwołania, toteż podlega ono odrzuceniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 553 w zw. z art. 528 pkt 3 PZP, orzeczono jak w sentencji. Wobec stwierdzenia zaistnienia podstawy odrzucenia odwołania, Izba nie była uprawniona do merytorycznego rozpoznania odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 lit. b) w zw. z 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 pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodnicząca: