

## POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 17 stycznia 2024 r.

### Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 17 stycznia 2024 r.

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.K. BIOTRANS Przedsiębiorstwo Leśne, Rurzyca, ul. Goleniowska 39, 72-123 Kliniska, K.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K.K. „JAWOR” Z.U.L., Rurzyca, ul. Goleniowska 39, 72-105 Lubczyna, M.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.W. Zakład Usług Leśnych „MAR-WOZ”, ul. Barnima II 28, 72-112 Stepniczka, w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Goleniów, ul. Parkowa 1, 72-100 Goleniów,

### postanawia:

1. odrzucić odwołanie,
2. kosztami postępowania obciążyć wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.K. BIOTRANS Przedsiębiorstwo Leśne, Rurzyca, ul. Goleniowska 39 72-123 Kliniska, K.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K.K. „JAWOR” Z.U.L., Rurzyca, ul. Goleniowska 39, 72-105 Lubczyna, M.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.W. Zakład Usług Leśnych „MAR-WOZ”, ul. Barnima II 28, 72-112 Stepniczka i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.K. BIOTRANS Przedsiębiorstwo Leśne, Rurzyca, ul. Goleniowska 39, 72-123 Kliniska, K.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K.K. „JAWOR” Z.U.L., Rurzyca, ul. Goleniowska 39, 72-105 Lubczyna, M.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.W. Zakład Usług Leśnych „MAR-WOZ”,

ul. Barnima II 28, 72-112 Stepniczka, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.K. BIOTRANS Przedsiębiorstwo Leśne, Rurzyca, ul. Goleniowska 39, 72-123 Kliniska K.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K.K. „JAWOR” Z.U.L., Rurzyca, ul. Goleniowska 39, 72 105 Lubczyna, M.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.W. Zakład Usług Leśnych „MAR-WOZ” ul. Barnima II 28, 72-112 Stepniczka, na rzecz Skarbu Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Goleniów, ul. Parkowa 1, 72-100 Goleniów, kwotę 5 005 zł 76 gr (słownie: pięć tysięcy pięć złotych i siedemdziesiąt sześć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

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: .....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Goleniów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Goleniów w latach 2024 - 2025”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dz.U.U.E. w dniu 27 października 2023 r. pod numerem 2023/S

208-655030.

Przedmiotowe postępowanie dotyczy zamówienia na usługi o wartości szacunkowej wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp (tzw. „progi unijne”).

Zamawiający 15 grudnia 2023 roku, poinformował odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr III.

Odwołujący (odwołaniem z 27 grudnia 2023 roku) zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 64 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. poprzez zaniechanie zapewnienia wykonawcom możliwości złożenia ofert przez cały okres od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu do dnia 21 listopada, do godz. 12.00, z powodu niesprawności środków komunikacji elektronicznej wykorzystywanych w przedmiotowym postępowaniu;
- 2.art. 255 pkt 6 p.z.p. poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania we wskazanych częściach, pomimo że są one obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o:

- 1)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty oraz unieważnienia postępowania w części I i III;
- 2)obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie na rzecz odwołującego równowartości kwoty wpisu oraz kosztów, o których mowa w §5.2) rozporządzenia 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,
- 3)dopuszczenie dowodu z wszystkich wymienionych w przedmiotowym odwołaniu dokumentów zgromadzonych przez zamawiającego w aktach postępowania o udzielenie zamówienia, a także dokumentów załączonych do odwołania.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołanie, a w przypadku nie uwzględnienia tego wniosku o oddalenie odwołania w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Termin składania ofert upływał 21 listopada 2023 r. o godz. 12.00.

Z uwagi na awarię platformy za pośrednictwem, której zamawiający prowadził postępowanie (tj. Platformy e-Zamówienia udostępnianej przez Urząd Zamówień Publicznych), zamawiający nie miał możliwości otwarcia ofert w terminie określonym w SWZ tj. 21 listopada 2023 r. o godz. 12.15. Proces otwarcia ofert rozpoczął się 21 listopada 2023 r. o godz. 20.36 i zakończył

27 listopada 2023 r. o godz. 11.24.

15 grudnia 2023 r. zamawiający poinformował odwołującego o dokonaniu wyboru oferty w zakresie pakietu nr III. W pakiecie I zamawiający nie dokonał żadnego rozstrzygnięcia (ani nie wybrał oferty najkorzystniejszej, ani nie dokonał unieważnienia postępowania).

Odwołujący pomimo, iż skutecznie złożył ofertę na Pakiet III twierdził, że przez niewłaściwe działanie Platformy nie mógł jej skutecznie wycofać w celu dokonania zmiany zawartych w nich stawek oraz ponownie złożyć zmienioną ofertę na Pakiet III oraz dodatkowo złożyć ofertę na Pakiet I.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty podniesione w odwołaniu są spóźnione, bowiem są to zarzuty, które odwołujący mógł zgłosić w terminie 10 dni od dnia, w którym powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł poznać wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. O niemożliwości wycofania złożonej na Pakiet III oferty w celu dokonania w niej zmian odwołujący musiał dowiedzieć się (dowiedział się) w dniu 20 listopada 2023 r. po godz. 21.29, gdyż w dniu 20 listopada 2023 r. o godz. 21.29 odwołujący złożył skutecznie ofertę na Pakiet III i tę ofertę (jak twierdzi odwołujący) chciał wycofać, aby ponownie ją złożyć na Pakiet III ze zmienionymi stawkami oraz aby dodatkowo złożyć ofertę na Pakiet I.

Jeżeli więc rzeczywiście odwołujący w okresie po godz. 21.29 dnia 20 listopada 2023 r. do dnia 21 listopada 2023 r. godz. 12.00, z uwagi na nieprawidłowo działającą platformę

e- Zamówienia nie mógł wycofać złożonej na Pakiet III oferty, aby dokonać zmiany zawartych w niej stawek i następnie ponownie złożyć zmienioną ofertę na Pakiet III oraz dodatkowo ofertę na Pakiet I, to termin na wniesienia odwołania powinien być liczony już od chwili powzięcia informacji o braku możliwości dokonania tych czynności, a przynajmniej od dnia, w którym upływał termin składania ofert tj. 21 listopada 2023 r. W tym bowiem dniu odwołujący najpóźniej mógł

powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny sprawy, zdaniem Izby, w niniejszej sprawie ziściła się przesłanka do odrzucenia odwołania na podstawie przepisu art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż odwołanie zostało wniesione po upływie ustawowego terminu prekluzyjnego na jego wniesienie.

Zgodnie z przepisem art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 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 równa albo przekracza progi unijne. Termin ten jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu, ani modyfikacji. Odwołanie wniesione po upływie ww. terminu musi zostać odrzucone na podstawie przepisu art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Powyższe stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej poparte jest licznym orzecznictwem.

W postanowieniu z 11 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 947/23 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: *„Podkreślenia wymaga, że termin określony w przepisie art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp tj. termin na wniesienie odwołania od innych czynności niż te, o których zamawiający poinformował wykonawcę bądź wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia*

*o konkursie czy też treści dokumentów zamówienia, liczony jest nie tylko od dnia faktycznego powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, ale też od dnia, w którym przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć taką wiadomość. W oparciu o przepis art. 355 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U.*

*z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm., dalej: "k.c."), miernik należytej staranności stosowany wobec wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą ulega podwyższeniu i określa się go przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez tego wykonawcę działalności. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 29 października 2021 r. w sprawie oznaczonej sygn. akt XXIII Zs 109/21 stwierdził, że: <<(…) Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości*

*i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności>>”. Biorąc pod uwagę powyższe*

*w przeciwieństwie do art. 515 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania na zasadach określonych w art. 515 ust. 3 ustawy Pzp liczy się zatem od daty, od której obiektywnie - przy zachowaniu należytej staranności - było możliwe powzięcie informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, którego co do zasady należy uznać za profesjonalistę”.*

W postanowieniu z 24 września 2021 r., sygn. akt KIO 2596/21 Izba orzekła, iż: „Zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp, odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie: 1) 10 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 równa albo przekracza progi unijne. Przepis powyższy ma zastosowanie do sytuacji, gdy wykonawca o zaskarżonej czynności zamawiającego dowiedział się z innych okoliczności, tj. nie z informacji przekazanej przez zamawiającego. Termin ten nie jest uzależniony od sposobu, w jakim informacja dotarła do wykonawcy, lecz musi być liczony od momentu powzięcia informacji przez wykonawcę lub też od momentu, gdy wykonawca przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania”.

W wyroku z 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex (UK) Ltd v. NHS Business Service Authority, Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że „Artykuł 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 92/50, wymaga, aby bieg terminu na wniesienie powództwa o stwierdzenie naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych lub o odszkodowanie z tytułu

*naruszenia tych przepisów rozpoczynał się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o tym naruszeniu”.*

Analogiczne stanowisko zaprezentował również Sąd Najwyższy w uchwale z 28 lutego 2013 r. (sygn. akt: III CZP 107/12), stając na stanowisku, że w sytuacji gdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego poweźmie wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania przed dniem przesłania mu przez zamawiającego informacji o kwestionowanej czynności, bieg terminu do wniesienia odwołania liczy się według zasad określonych w art. 182 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [obecnie art. 515 ust. 3 PZP]. Sąd Najwyższy wskazał ponadto, że *jeżeli natomiast zamawiający przed dniem dowiedzenia się przez wykonawcę o podjętych czynnościach lub dniem, w którym powinien taką wiedzę uzyskać, nie przesłał wykonawcy informacji o dokonanych czynnościach, termin do wniesienia odwołania wyznacza art. 182 ust. 3 PZP [obecnie art. 515 ust. 3 PZP]. Późniejsze przesłanie informacji przez zamawiającego zasadniczo nie prowadzi do otwarcia terminu do wniesienia odwołania określonego w art. 182 ust. 1 PZP [obecnie art. 515 ust. 1]”.*

Przywołana judykatura ma zatem znaczenie dla oceny terminu na wniesienie odwołania w przedmiotowej sprawie. Potwierdza bowiem jednoznacznie, że odwołanie jest spóźnione.

Wprost do kwestii terminu na wniesienie odwołania wobec wadliwego działania narzędzia teleinformatycznego, KIO odniosła się w wyroku z 14 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2671/18, w którym wskazała, iż: *„W niniejszej sprawie odwołujący twierdzi, że z powodu wadliwego działania platformy Marketplanet, nie mógł złożyć oferty w postępowaniu. Jak wskazano już wyżej, zapewnienie wykonawcom dostępu do postępowania w ramach narzędzi i urządzeń wykorzystywanych do komunikacji przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zgodnie z art. 10b ustawy Pzp, należy do obowiązków zamawiającego. Tym samym, w ocenie Izby, brak zapewnienia powyższego stanowi zaniechanie zamawiającego, od którego odwołujący mógł złożyć odwołanie, zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp. Odnosząc się do drugiej z ww. kwestii, tj. wniosku o odrzucenie odwołania z uwagi na jego wniesienie z uchybieniem terminu, należy zauważyć, że niezasadne jest powoływanie się przez zamawiającego w tej sprawie na brzmienie art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ nie mamy tutaj do czynienia z czynnością, o której wykonawca był przez zamawiającego informowany, jak tego wymaga ww. przepis. W sprawie znajduje natomiast zastosowanie art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym: odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Odwołujący powziął wiadomość o wadliwym (w jego ocenie) działaniu narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone było postępowanie, w dniu 18 grudnia 2018 r. W tym dniu bowiem bezskutecznie usiłował złożyć ofertę”.*

Biorąc powyższe pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż odwołujący uchybił terminowi na skuteczne wniesienie odwołania, albowiem termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu. Nie podlega także modyfikacji, a w szczególności nie może być przedłużony.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść przepisu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r., poz. 2437), z którego wynika, że w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.

Przewodniczący: .....