**Sygn. akt KIO 3243/23**

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 14 października 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:Małgorzata Rakowska**
**Katarzyna Poprawa**
**Katarzyna Prowadzisz**
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron w dniu 13 października 2023 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
30 października 2023 r. przez wykonawcę **MDT Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, ul. Żurawia 71, 15-540 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa reprezentowane przez Dyrektora Centrum Usług Społecznych „Społeczna Warszawa", ul. Skaryszewska 3,**
**03-802 Warszawa**

**orzeka:**

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **MDT Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, ul. Żurawia 71, 15-540 Białystok** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MDT Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, ul. Żurawia 71, 15-540 Białystok** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

**Przewodniczący:** ……..…...

……..

……..

**Sygn. akt KIO 3243/23**

**Uzasadnienie**

Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Dyrektora Centrum Usług Społecznych „Społeczna Warszawa", zwane dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostarczenie kompleksowej usługi teleopieki wraz z Centrum Teleopieki 24/7 świadczącym teleusługi i teleopiekę dla mieszkańców 11 gmin WOF w ramach wdrożenia Systemu „E-Opieka".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 czerwca 2023 r. pod numerem 2023/S 111-347443.

W dniu 30 października 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca MDT MedicalSp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, zwany dalej „Odwołującym", wniósł odwołanie wobec czynności ponownego badania i ponownej oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia w ramach realizacji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 3 października 2023 r. (sygn. akt KIO 2743/23), która obarczona jest błędem w postaci objęcia badaniem i oceną ofert oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, tj. LOCON Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (lider i Telemedycyna Polska S.A. z siedzibą w Katowicach (członek), zwanych dalej „konsorcjum LOCON", pomimo, że zgodnie z treścią sentencji ww. wyroku nakaz ponownego badania i oceny ofert obejmował ofertę Odwołującego.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez przywrócenie do postępowania i tym samym ponowne badanie i ocenę oferty już odrzuconej na tej podstawie, złożonej przez wykonawcę, który nie wniósł środka ochrony prawnej na czynność odrzucenia tej oferty, co skutkowało dokonaniem oceny i sklasyfikowania oferty nieistniejącej, wcześniej skutecznie i prawomocnie wyeliminowanej z postępowania (odrzuconej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10

ustawy Pzp), co mogło mieć wpływ na wynik końcowy postępowania,

2.z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nieprzejrzystą i uznaniową decyzję zamawiającego oraz poprzez nierówne traktowanie wykonawców, którzy wnieśli środek zaskarżenia oraz tego, który nie wniósł środka zaskarżenia, co nastąpiło poprzez ocenę oferty konsorcjum, co mogło mieć wpływ na wynik końcowy postępowania, pomimo, że czynność odrzucenia oferty konsorcjum nie została zakwestionowana przez samego wykonawcę, stała się zatem ostateczna,

3.art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy Pzp poprzez brak właściwego wykonania wyroku o sygn. akt KIO 2743/23 z dnia 3 października 2023 r., który wprost nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego oraz ponowne dokonanie badania i oceny ofert z udziałem jedynie oferty odwołującego (bez wskazania na unieważnienie odrzucenia oferty konsorcjum), co mogło mieć wpływ na wynik końcowy postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania,

2.w przypadku dokonywania kolejnego ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu nakazanie zamawiającemu, by pominął badanie i ocenę oferty konsorcjum LOCON, która została skutecznie i ostatecznie odrzucona z postępowania oraz wybór oferty Odwołującego, jako jedynej ważnej oferty pozostałej w postępowaniu,

3.zasądzenie od Zamawiającego (a w przypadku uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego przy wniesionym sprzeciwie uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnoszę o zasądzenie od tegoż uczestnika postępowania) kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu w wysokości 15 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł.

Izba nie dopuściła wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. LOCON Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (lider) i Telemedycyna Polska S.A. z siedzibą w Katowicach (członek konsorcjum)do udziału w postepowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, zwanych dalej „konsorcjum LOCON", uznając że przystąpienie zostało złożone przez podmiot, który nie posiada statusu wykonawcy. W niniejszym stanie faktycznym konsorcjum LOCON utraciło status wykonawcy, gdyż nie skorzystało z przysługującego mu uprawnienia do wniesienia odwołaniana czynność odrzucenia jego oferty (czynność z dnia 8 września 2023 r.), pomimo posiadania takiej możliwości. Odrzucenie jego oferty stało się niewzruszalne. Konsorcjum LOCON nie może więc skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia, gdyż utraciło swój status w tym przypadku (w zakresie tego odwołania) upoważniający do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Stanowisko takie zajęła już Izba w wyroku z dnia 3 października 2023 r. w sprawach i sygn. akt KIO 2743/23 i KIO 2759/23, uznając także, że „zgłoszenie przystąpienia wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia LOCON sp. z o.o. w Szczecinie i Telemedycyna Polska S.A. w Katowicach w terminie, o którym mowa w art. 525 Pzp, lecz przez podmiot nie posiadający statusu wykonawcy w rozumieniu art. 505 Pzp w zw. z art. 7 pkt. 30) Pzp i nie posiadającego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego w rozumieniu art. 525 ust. 3 Pzp (…) za nieskuteczne". Co więcej Izba i wówczas uznała, że „oferta wykonawców LOCON sp. z o.o. w Szczecinie i Telemedycyna Polska S.A. w Katowicach została ostatecznie odrzucona i o czym wykonawcy zostali powiadomieni przez Zamawiającego w dniu 8 września 2023 r. a termin złożenia odwołania od tej czynności upłynął przed terminem zgłoszenia przystąpienia.".

Mając na uwadze powyższe Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 528 pkt 6 ustawy Pzp stanowi, że „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (…) odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii zgodnie z art. 514 ust. 2".

Z kolei art. 514 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że „odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu".

Odwołanie - zgodnie z treścią art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp - wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 19 października 2023 r. Informacja ta została przekazana wykonawcom drogą elektroniczną poprzez formularz do komunikacji na Platformie e-zamówienia (nr ID postępowania ocds-148610-e022a510-0560-11ee-9355-06954b8c6cb9).

Wobec powyższego termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 30 października 2023 r. W tym też terminie, dla zachowania jednoczesności przekazania, niezbędne było nie tylko doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, ale również przekazanie jego kopii Zamawiającemu. Skoro więc termin na wniesienie odwołania upływał w

dniu 30 października 2023 r. to także w tym terminie Odwołujący zobowiązany był przekazać kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący w dniu 30 października 2023 r. o godz. 18:21 przekazał Zamawiającemu pocztą e-mailową kopię odwołania z adresu pełnomocnika Odwołującego (.) na adresy Zamawiającego: , mpanczyk@um.warszawa.pl, i .

Odwołujący nie skorzystał z możliwości przekazania kopii odwołania za pomocą tej platformy zakupowej.

Odwołujący w dniu 30 października 2023 r. o godz. 18:22 otrzymał automatyczną wiadomość ze swojego serwera o braku doręczenia przesłanej Zamawiającemu wiadomości.

Tymczasem kopia odwołania wpłynęła do Zamawiającego dopiero w dniu 31 października 2023 r., a więc po upływie terminu na jego wniesienie. Powyższe potwierdza wiadomość przekazana Zamawiającemu przez Odwołującego w dniu 31 października 2023 r. na platformę e-Zamówienia, w treści której Odwołujący podał, iż otrzymał informację o błędzie serwera Zamawiającego i wskazał na możliwość niedostarczenia do Zamawiającego dokumentacji dotyczącej wniesionego odwołania. Do informacji tej Odwołujący załączył automatyczną wiadomość z serwera pełnomocnika Odwołującego z dnia 30 października 2023 r. z godz. 18:22 o braku doręczenia wiadomości (Undelivered Mail Returned to Sender) oraz odwołanie. Sam Odwołujący przyznał więc, że nie doręczył Zamawiającemu odwołania w terminie.

Także Zamawiający – jak podniósł w złożonej odpowiedzi na odwołanie - podjął działania mające na celu ustalenie przyczyn braku wpływu odwołania na żaden z adresów e-mail dopuszczonych w SWZ do komunikacji z Zamawiającym. Do Centrum Wsparcia Użytkownika m.st. Warszawy (helpdesk) skierował wniosek o weryfikację otrzymania przez Zamawiającego wiadomości w dniu 30 października 2023 r. z adresu pełnomocnika Odwołującego .

W odpowiedzi na powyższe Zamawiający otrzymał informację, że „przeprowadzona analiza nie wykazała, aby w dniu 30 października 2023 r. doszło do odbioru korespondencji z adresu g.rogalewicz@kartaprzetargowa.pl na adres cus@um.warszawa.pl, ani też na jakikolwiek inny adres odbiorcy w domenie @um.warszawa.pl. Wiadomość taka nie została wysłana z systemu poczty nadawcy, a potwierdzenie wysyłki wiadomości ze strony nadawcy nie jest potwierdzeniem tego, że wiadomość ta opuściła system poczty nadawcy. Takim potwierdzeniem mogą być logi z systemu poczty nadawcy udostępnione przez administratora systemu poczty w domenie @kartaprzetargowa.pl, w których to wykazane zostanie, że taka wiadomość została wysłana poprawnie przez system poczty nadawcy. Na podstawie przesłanej zwrotki jaką otrzymał nadawca można wnioskować, że wiadomość ta nie opuściła systemu poczty nadawcy.”.

Tym samym odwołanie nie zostało przekazane Zamawiającemu w dniu 30 października 2023 r. a więc przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby Zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Oznacza to, że odwołanie zostało wniesiono bez zachowania wymogu jednoczesności przekazania określonego w przepisie art. 514 ust. 2 ustawy Pzp wobec czego podlega ono odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp.

§ 5 pkt 2 lit. b) 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) stanowi, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika w wysokości nieprzekraczającej łącznie kwoty 3 600 złotych, określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy. Tymczasem pełnomocnik Zamawiającego rachunki złożył dopiero po zamknięciu posiedzenia, nie czyniąc tego przed zamknięciem posiedzenia mimo skierowanego do niego zapytania czy składa jeszcze jakieś wnioski. Wobec powyższego brak jest możliwości zasądzenia na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Izbą.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 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:** ……..…...

……..

……..