**sygn. akt KIO 3528/23**

**POSTANOWIENIE**

**z 7 grudnia 2023 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron 7 grudnia 2023 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 listopada 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intaris sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Intaris P. K. P. K. sp. k. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Polskie Porty Lotnicze S.A. z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawcy Apex.IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intaris sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Intaris P. K. P. K. sp. k. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejsze postanowienie - 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 3528/23**

**U z a s a d n i e n i e**

Polskie Porty Lotnicze S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn. „Dostawa 14 serwerów z przestrzenią dyskową”, nr postępowania: 134/PO/ZP/TLLZP/23. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 25 sierpnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 163-512682.

24 listopada 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Intaris sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Intaris P. K. P. K. sp. k. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego i zarzucili mu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez:
   a) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Apex.IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący) złożonej dla części I oraz części II, mimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia,
   b) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Fast IT Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: Fast IT) złożonej dla części I, mimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia,
2. art. 223 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp przez poprawienie w ofercie Przystępującego liczby oferowanych dysków twardych z 3 szt. na 4 szt., co doprowadziło do istotnej zmiany treści jego oferty,
3. art. 232 ust. 1 Pzp przez zaproszenie do aukcji elektronicznej w części I i II Przystępującego i wykonawcy Fast IT, mimo, że oferty złożone przez tych wykonawców podlegają odrzuceniu,
4. art. 232 ust. 2 Pzp przez niezamieszczenie w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej informacji o wyniku badania i oceny oferty Odwołującego,
5. art. 16 ust. 1 pkt 1 Pzp przez naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

30 listopada 2023 r. wykonawca Fast IT Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi zgłosił przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia dokonane zostało jednak w sposób sprzeczny z § 4 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Ray Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zgodnie z tym przepisem pisma w postępowaniu odwoławczym w postaci elektronicznej wnoszone przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zgodnie z art. 508 ust. 2 ustawy, przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu lub na wskazany adres poczty elektronicznej, przy użyciu których obsługiwana jest korespondencja Izby, przy czym odwołanie i zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu.

Zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Fast IT zostało przekazane do Izby drogą emailową, nie zaś w sposób wskazany w przytoczonym wyżej przepisie tj. na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu. W konsekwencji Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy Fast IT

do udziału w postępowaniu odwoławczym uznając, że zgłoszenie przystąpienia nie spełniało wymogów formalnych określonych w § 4 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Ray Ministrów
z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą, a zatem nie mogło zostać uznane za skuteczne.
29 listopada 2023 r. w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania i wskazał w uzasadnieniu:
„Odwołanie jest spóźnione i podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3) Ustawy. Niewątpliwie Odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego w postaci zaproszenia Przystępującego oraz Fast IT Solutions do udziału w aukcji elektronicznej, o której
to czynności Odwołujący powziął wiadomość w dniu 7 listopada 2023 roku, a termin wniesienia odwołania na taką czynność mijał 17 listopada 2023 roku. Okoliczność,
iż Odwołujący nie miał w dacie powzięcia wiadomości o zaproszeniu Przystępującego oraz Fast IT Solutions do aukcji elektronicznych oewentualnej wadliwości ofert powołanych wykonawców nie ma znaczenia dla momentu rozpoczęcia biegu terminu do wniesienia odwołania na czynność zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Czym innym jest moment rozpoczęcia biegu terminu do wniesienia odwołania od czynności Zamawiającego od momentu powzięcia przez Odwołującego wiadomości użytecznych na potrzeby wniesienia takiego odwołania. Skoro Odwołujący uzyskał wiedzę o zaproszeniu Przystępującego oraz Fast IT Solutions do udziału w aukcji elektronicznej w dniu 7 listopada 2023 to prekluzyjny termin do wniesienie odwołania minął w dniu 17 listopada 2023 roku”.
W odpowiedzi na odwołanie z 5 grudnia 2023 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia
je w zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy Fast IT. W pozostałym zakresie Zamawiający poparł stanowisko i wniosek Przystępującego i wniósł o odrzucenie odwołania.
Po przeprowadzeniu dowodów z dokumentacji postępowania i zapoznaniu się ze stanowiskami stron, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

1. 31 października 2023 r. (w dniu otwarcia ofert w postępowaniu) Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o wgląd do ofert Przystępującego i wykonawcy Fast IT. Wglądu tego nie uzyskał – Zamawiający w żaden sposób nie zareagował na wniosek Odwołującego.
2. 7 listopada 2023 r. Zamawiający skierował zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej – do Odwołującego, Przystępującego oraz Fast IT.
3. 14 listopada 2023 r. Odwołujący złożył ponowny wniosek o wgląd do ofert Przystępującego i wykonawcy Fast IT. W odpowiedzi, w tym samym dniu Zamawiający udostępnił Odwołującemu te oferty.
4. 24 listopada 2023 r. Odwołujący wniósł przedmiotowe odwołania.

Odwołujący uzasadniając termin do wniesienia odwołania liczony od 14 listopada 2023 r. powołał na art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp zgodnie z którym odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 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. Odwołujący swoje twierdzenie wywodził z faktu, że dopiero
14 listopada 2023 r. uzyskał wgląd do ofert konkurencyjnych ofert, zatem dopiero od tego dnia miał możliwość zapoznać się z ich treścią, co z kolei miało stanowić uzasadnienie dla oparcia się na art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp przy obliczaniu terminu do wniesienia odwołania.
Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej stanowisko Odwołującego oraz ustalony stan faktyczny Izba uznała, że nie budzi wątpliwości, że odwołanie zostało wniesione po terminie określonym w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp. W konsekwencji zastosowanie ma art. 528 pkt 3 Pzp zgodnie, z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.
Zgodnie z art. 74 ust. 2 pkt 1 Pzp załączniki do protokołu postępowania udostępnia
się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania,
z tym że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie. Skoro Odwołujący w dniu otwarcia ofert zwrócił
się do Zamawiającego o ich udostępnienie, to w sytuacji, gdy Zamawiający nie zareagował na ten wniosek, Odwołującemu przysługiwało prawo wniesienia odwołania na zaniechanie Zamawiającego stanowiące naruszenie obowiązku wynikającego z art. 74 ust. 2 pkt 1 Pzp.
Odwołujący słusznie podniósł, że żaden przepis nie obligował go do takiego działania,
ale nie może on na obecnym etapie postępowania twierdzić, że nie miał możliwości uzyskania wglądu do ofert konkurujących wykonawców wcześniej niż 14 listopada 2023 r. Możliwość oparcia się na dyspozycji art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp uzależniona jest
od zachowania należytej staranności co do było powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Odwołujący zrezygnował z możliwości skorzystania ze środka ochrony prawnej w obliczu braku reakcji Zamawiającego na wniosek
o udostępnienie ofert z 31 października 2023 r. W tej sytuacji nie można stwierdzić,
że Odwołujący zachował należytą staranność.
Niewątpliwym jest, że Odwołujący kwestionuje czynność zaproszenia do udziału w aukcji
z 7 listopada 2023 r., mimo, że uzasadnienie zarzutów oparł na informacjach pozyskanych 14 listopada 2023 r. W ocenie Izby uzyskanie tych informacji dopiero w tej dacie jest okolicznością leżącą po stronie Odwołującego, który wcześniej nie podjął należytych działań dla uzyskania dostępu do konkurencyjnych ofert. Istotną okolicznością jest również fakt,
że Zamawiający w Rozdziale XVII SWZ poinformował wykonawców o zamiarze przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Odwołujący winien mieć więc świadomość,
że uzyskanie dostępu do ofert pozostałych wykonawców zanim Zamawiający podejmie decyzje o zaproszeniu wykonawców do udziału w aukcji, może mieć bardzo istotne znaczenie. Odwołujący nie zwrócił się jednak do Zamawiającego z ponownym wnioskiem
o wgląd do ofert nawet w dniu, w którym otrzymał zaproszenie do składania ofert, a zwlekał do 14 listopada 2023 r.
W konsekwencji Izba uznała, że przyczyny, dla których Odwołujący dopiero 14 listopada 2023 r. uzyskał informacje, które pozwoliły mu na podniesienie zarzutów przeciwko ofertom Przystępującego oraz wykonawcy Fast IT leżały po stronie Odwołującego. W tej sytuacji brak jest podstaw do uznania, że zasadne było obliczanie terminu do wniesienia odwołania na zasadach wynikających z art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp zamiast na podstawie art. 515 ust. 1 pkt 1 Pzp.
Izba odrzuciła odwołanie w całości, mimo oświadczenia Zamawiającego o częściowym uwzględnieniu odwołania. Izba

bada przesłanki do odrzucenia odwołania z urzędu, niezależnie od wniosków uczestników postępowania i niezależnie od ich stanowisk procesowych. Art. 528 pkt 3 Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący, a przesłanki do odrzucenia odwołania zostały wypełnione wobec wszystkich zarzutów w nim podniesionych, także tych uwzględnionych przez Zamawiającego.
Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący……