Sygn. akt KIO 1558/23

POSTANOWIENIE
z dnia 13 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 13 czerwca 2023 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
30 maja 2023 r. przez wykonawcę **S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane HYDRO-TAP K. S. z siedzibą w miejscowości Wilczyce, ul. Borowa 101, 51-361 Wilczyce**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Długołęka, ul. Robotnicza 12,**
55-095 Długołęka
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Stegra Sp.**
z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Zatorska 92/3B, 51-215 Wrocław (lider konsorcjum); S. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „INSTALTECH G. S." z siedzibą w Krotoszynie, ul. Moniuszki 5,
63-700 Krotoszyn i T. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „ROZ BUD T. R." z siedzibą w miejscowości Muszynka, ul. Muszynka 1/8,
33-383 Muszynka zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane HYDRO-TAP K. S. z siedzibą w miejscowości Wilczyce, ul. Borowa 101, 51-361 Wilczyce** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane HYDRO-TAP K. S. z siedzibą w miejscowości Wilczyce, ul. Borowa 101, 51-361 Wilczyce** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawcy **S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane HYDRO-TAP K. S. z siedzibą w miejscowości Wilczyce, ul. Borowa 101, 51-361 Wilczyce** na rzecz zamawiającego **Gminy Długołęka, ul. Robotnicza 12, 55-095 Długołęka** kwotę 4 372 zł 80 gr (słownie: cztery tysiące trzysta siedemdziesiąt dwa złote osiemdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 1558/23

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

Gmina Długołęka, zwana dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę kanalizacji sanitarnej w ul. Bławatnej, Sportowej, Słowiczej, Skowronkowej, Szarotkowej i Zielonej oraz budowa kanalizacji deszczowej w części ul. Zielonej w m. Kiełczów, gm. Długołęka".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 lutego 2023 r., nr 2023/BZP 00113676.

W dniu 30 maja 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane HYDRO-TAP K. S. z siedzibą w miejscowości Wilczyce, zwany dalej „Odwołującym UNIBEP", wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego niezgodnych z przepisami

ustawy PZP, tj. wobec:

1. czynności podjętych i zaniechanych w ramach badania i oceny oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stegra Sp. z o.o., S. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „INSTALTECH G. S." i T. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „ROZ BUD T. R." zwanych dalej „konsorcjum Stegra";
2. nieodrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Stegra;
3. wyboru – jako najkorzystniejszej – oferty konsorcjum Stegra;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 6, ust. 5 i ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na skutek:

a) nieuznania, że oferta konsorcjum Stegra, jest ofertą z rażąco niską ceną i w konsekwencji podlegającą odrzuceniu, pomimo że:

- nie udzielili oni w wyznaczonym terminie wszystkich wyjaśnień, których żądał Zamawiający pismem z 6 kwietnia 2023 r. oraz
- złożone przez nich wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniały podanej w ofercie ceny,

oraz ewentualnie, w przypadku gdyby Izba nie uznała za wykazany zarzutu Odwołującego z lit. a):

b) zaniechania przeprowadzenia wyczerpującego postępowania wyjaśniającego cenę zaoferowaną przez konsorcjum Stegra, tj. zaniechania wezwania wykonawców do ponownych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, pomimo że:

- złożone przez nich wyjaśnienia wraz z dowodami powinny były budzić wątpliwości Zamawiającego wymagające dalszych wyjaśnień,
- a zaoferowana cena powinna wydawać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów, a w takiej sytuacji na Zamawiającym ciążył obowiązek ponownego wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień;

2. art. 128 ust. 4 i 5 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp albo art. 128 ust. 1 w związku z art. 119 i 122 oraz w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na nieprzeprowadzenie przynajmniej stosownego postępowania wyjaśniającego w zakresie podmiotowych środków dowodowych złożonych przez konsorcjum Stegra, jeśli nie nawet wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych przede wszystkim na potwierdzenie dysponowania osobą posiadającą uprawnienia i doświadczenie wymagane postanowieniami SWZ do pełnienia funkcji kierownika budowy;
3. art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 i w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w wyniku nieodrzucenia oferty konsorcjum Stegra, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. art. 239 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z bezpodstawnym wyborem jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Stegra, która, jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postepowaniu podlegała odrzuceniu i która, jako podlegająca odrzuceniu, nie była ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o doprowadzenie postępowania do jego zgodności z przepisami ustawy Pzp poprzez nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej 25 maja 2023 r.,
2. przeprowadzenia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w szczególności:

a) dokonania ponownego badania i oceny ofert,

b) odrzucenia oferty konsorcjum Stegra z przyczyn wskazanych w odwołaniu,

ewentualnie, w przypadku gdyby Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego w zakresie żądania lit. b):

c) nakazania Zamawiającemu powtórzenia i uzupełnienia czynności wezwania do wyjaśnienia wysokości ceny zaoferowanej przez konsorcjum Stegra,

d) nakazania Zamawiającemu wezwania konsorcjum Stegra do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych przede wszystkim na potwierdzenie dysponowania osobą posiadającą uprawnienia i doświadczenie wymagane postanowieniami SWZ do pełnienia funkcji kierownika budowy albo przynajmniej do przeprowadzenia stosownego postępowania wyjaśniającego w zakresie podmiotowych środków dowodowych;

3.dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 30 maja 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane HYDRO-TAP K. S. z siedzibą w miejscowości Wilczyce, zwany dalej „Odwołującym", wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W dniu 30 maja 2023 r., godz. 18:31 Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie na adres poczty e-mailowej. Do e-maila załączono jeden plik „000_ODWOŁANIE_30maja2023-sig.pdf(-392 KB)

W dniu 31 maja 2023 r., godz. 10:42 Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie na adres poczty e-mailowej, załączając do odwołania pliki z załącznikami.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 528 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przekazał Zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2.

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 zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Oznacza to, że warunkiem skutecznego wniesienia odwołania jest przekazanie odwołania lub jego kopii Zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu na jego wniesienie. „Przekazanie zamawiającemu odpowiednio odwołania lub kopii odwołania ma znaczenie nie tylko techniczne. Celem przekazania jest poinformowanie zamawiającego o wniesieniu odwołania do upływu terminu na jego wniesienie w celu zapewniania szybkości postępowania i pewności obrotu. (….) Zapoznanie się przez zamawiającego z treścią zarzutów odwołania zawartych w nim żądań, podanych okoliczności faktycznych i prawnych, a także z treścią załączonych do odwołania dowodów pozwala na prawidłową ocenę zarzutów oraz rzeczowe ustosunkowanie się przez zamawiającego do ich treści." (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2023, s. 1337). Tym samym „odwołanie albo kopia odwołania przekazywane zamawiającemu muszą być kompletne. Złożenie niepełnej treści odwołania, na którą to treść składały się także załączniki mające merytoryczne znaczenie dla podniesionych zarzutów (…) skutkuje koniecznością jego odrzucenia, (…) przez pojęcie treści odwołania należy rozumieć ogół informacji na temat istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania okoliczności faktycznych i prawnych, podawanych przez odwołujących, odnoszących się do stawianych zarzutów i podawanych na ich poparcie. Informacje te wcale nie muszą być podawane w samym piśmie stanowiącym odwołanie, ale również mogą być sformułowane w postaci odrębnych dokumentów/dowodów załączanych do odwołania." (Prawo zamówień publicznych, Komentarz, M. Jaworska, D. Grześkowiak – Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiąk Warszawa 2021, s. 1185)

W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 30 maja 2023 r., drogą e-mailową, jedynie jeden plik zawierający odwołanie i pięć załączników. Załączniki wyspecyfikowane w treści odwołania od punktu 6 do 26 nie zostały więc przekazane wraz z odwołaniem. Pełną treść odwołania a więc odwołanie wraz z wszystkimi załącznikami, a których było łącznie 26, Zamawiający otrzymał dopiero w dniu 31 maja 2023 r. Okoliczność tę potwierdziły na posiedzeniu strony przedmiotowego postępowania. Odwołujący, co prawda podkreślał, składając zdjęcia ekranu komputera, z którego wysyłał odwołanie, że w tym czasie były problemy techniczne związane z wniesieniem odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, jak i przesłaniem jego kopii Zamawiającemu. Niemniej jednak to właśnie w tym czasie – czasie, w którym te problemy miały wystąpić, Odwołujący w sposób prawidłowy wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do którego zostały załączone wszystkie wyspecyfikowane w nim załączniki. Odwołanie niekompletne a więc takie, które nie zawierało wszystkich wskazanych w odwołaniu załączników, Odwołujący przekazał Zamawiającemu drogą e-mailową w dniu 30 maja 2023 r., a więc w ostatnim dniu terminu na jego wniesienie. Natomiast pełną treść odwołania (z wszystkimi załącznikami) Odwołujący przekazał Zamawiającemu dopiero w dniu 31 maja 2023 r.

Tymczasem załączniki te składają się na merytoryczną treść wniesionego odwołania. Odnoszą się bowiem do przedstawionych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych, mających na celu potwierdzenie ich zasadności. To dopiero po zapoznaniu się z całością zarzutów, ich podstawami prawnymi i faktycznymi, a więc całą argumentacją odwołania Zamawiający może podjąć decyzję o ewentualnym uwzględnieniu odwołania. Tak więc przekazanie odwołania bez załączników stanowiących jego merytoryczną treść oznacza, że Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu odwołania albo kopii odwołania. W tej sytuacji zaniechanie przekazania Zamawiającemu załączników do odwołania (w

tym przypadku jest ich 20, tj. od załącznika nr 6 do załącznika nr 26) jest równoznaczne z zaniechaniem przekazania Zamawiającemu kopii odwołania. Skoro więc Odwołujący nie przekazałZamawiającemu pełnej treści odwołania, na którą składały się wszystkie załączniki, tym samym uniemożliwił zarówno Zamawiającemu, jak i Przystępującemu zapoznanie się z pełną treścią odwołania. Dlatego też Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawieart. 528 pkt 6 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Na podstawie § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w przypadku odrzucenia odwołania przez izbę koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Przewodniczący: ……..…….....