Sygn. akt: KIO 377/23

POSTANOWIENIE
z dnia 27 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Beata Konik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego 24 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2023 roku przez odwołującego **Linter Energia spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Krempna,**

orzeka:

1.Odrzuca odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Linter Energia spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie** i 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.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie**.**

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 377/23

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

Gmina Krempna (dalej:*„Zamawiający”*) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Modernizację oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Krempna”*, nr postępowania UG.271.1.36.2022.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej: *„ustawa Pzp”.*

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu 14 grudnia 2022 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00039818/05/P.

13 lutego 2023 r. wykonawca Linter Energia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie (dalej: *„Odwołujący”*) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanieod niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 17 ustawy Pzp przez zaniechanie uzyskania od Odwołującego rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w związku z wezwaniem go do przedłożenia dokumentacji, a tym samym pominięcie faktu, że Odwołujący przedmiotowego wezwania nie otrzymał co skutkowało odrzuceniem jego oferty, która jest najkorzystniejsza w postępowaniu,

2)art. 98 ust. 6 ustawy Pzp przez uznanie, że nieprzedłożenie przez Odwołującego dokumentów, o których mowa w piśmie z 13 stycznia 2023 r., było zawinione, podczas gdy Odwołujący tego wezwania nie otrzymał, co skutkowało bezzasadnym zatrzymaniem przez Zamawiającego wadium,

3)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) ustawy Pzp przez uznanie, że Odwołujący nie złożył w przewidzianym terminie dokumentów, o których mowa w piśmie z 13 stycznia 2023 r., podczas gdy Odwołujący tego wezwania nie otrzymał, gdyż nieupoważniony pracownik nie przekazał tego pisma osobom decyzyjnym, co skutkowało wadliwym odrzuceniem oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności z 24 stycznia 2023 r., polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania,

2)nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności z 13 stycznia 2023 r., polegającej na wezwaniu Odwołującego do złożenia dokumentów, o których mowa w tym piśmie,

3)ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia powyższego, nakazanie Zamawiającemu zwrotu zatrzymanego

wadium.

Ponadto Odwołujący wskazał, że informację o odrzuceniu jego oferty otrzymał 2 lutego 2023 r., stąd też w jego ocenie odwołanie zostało wniesione w terminie.

Jak wynika z informacji otrzymanej od Zamawiającego pismem z 15 lutego 2023 r., (w aktach postępowania) zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej:*„SWZ”*) komunikacja między Zamawiającym, a Wykonawcami odbywa się przy użyciu platformy zakupowej: . Zamawiający wskazał, że informacja o wniesieniu odwołania została przekazana wykonawcom 14 lutego 2023 r., za pomocą platformy zakupowej. Na podstawie akt postępowania Izba ustaliła, że do przedmiotowego postępowania żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Jak ustalono na podstawie akt sprawy (*vide* pismo Zamawiającego z 15 lutego 2023 r.), komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami w tym postępowaniu odbywa się elektronicznie, za pomocą platformy zakupowej. Zamawiający poinformował, że zawiadomienie o odrzuceniu i unieważnieniu postępowania zostało przekazane do wszystkich Wykonawców 24 stycznia 2023 r. oraz upublicznione na platformie. Zamawiający załączył również raport z platformy obejmujący korespondencję z Odwołującym. Z raportu tego wynika, że informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania została mu przekazana 24 stycznia 2023 r., natomiast Odwołujący odczytał tą wiadomość dopiero 2 lutego 2023 r. Jak natomiast wynika z treści odwołania (*vide* pkt VII) Odwołujący uznał, że od tej daty, tj. 2 lutego 2023 r. bieg swój rozpoczął termin na wniesienie odwołania. Ponadto w dokumentacji postępowania znajduje się potwierdzenie publikacji na stronie platformy zawiadomienia o odrzuceniu i unieważnieniu postępowania, a także raport komunikatu publicznego, z treści którego również wynika, że 24 stycznia 2023 r., nastąpiło przekazanie wykonawcom (w tym Odwołującemu) informacji o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania.

Na podstawie dokumentacji postepowania przesłanej przez Zamawiającego (dokumentacja postępowania wpłynęła do Prezesa Izby 22 lutego 2023 r.), w tym w szczególności na podstawie SWZ, Rozdział I, pkt 4.1 i 4.2, Izba ustaliła, że: *„Komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konkursie, w tym składanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między Zamawiającym, a Wykonawcą, z uwzględnieniem wyjątków określonych w ustawie Pzp, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Przez środki komunikacji elektronicznej rozumie się środki komunikacji elektronicznej zdefiniowane w ustawie z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 123 i 730).”*, a także: *„Komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za pośrednictwem platformy zakupowej pod adresem https://platformazakupowa.pl/pn/krempna zwanej dalej Platformą.”*

Powyższe jest spójne z treścią Rozdziału III, pkt 1*„Sposób porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami”*SWZ. Ponadto zwrócić uwagę należy, na postanowienie zawarte w Rozdziale III, pkt 1.8 SWZ, zgodnie z którym;*Zamawiający nie dopuszcza niżej wymienionych środków porozumiewania się czy komunikacji:*

- za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe;

- za pośrednictwem posłańca;

- osobiste doręczenie przesyłki, zapytania, dokumentów, oświadczeń, wyjaśnień lub oferty.”

Wobec ustalenia na podstawie akt sprawy powyższych okoliczności, Izba zważyła, co następuje:

Działając z urzędu, Izba ustaliła, że odwołanie z 13 lutego 2023 r. podlega odrzuceniu z następujących powodów.

Przepis art. 528 ustawy Pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, gdyż z jednej strony art. 529 ust. 1 ustawy Pzp pozwala Izbie na odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego, z drugiej strony według art. 530 ustawy Pzp w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, Izba kieruje sprawę na rozprawę.

Jedną z podstaw odrzucenia odwołania wynikającą z art. 528 pkt 3) ustawy Pzp jest okoliczność, zgodnie z którą odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Jak wynika natomiast z treści art. 515 ust. 1 pkt 2) lit a) ustawy Pzp, Odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza 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.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy odwoławczej wskazać należy, że skoro informację o czynności będącej podstawą wniesienia odwołania Odwołujący powziął 24 stycznia 2023 r. (data przekazania tej informacji za pomocą platformy zakupowej), to 5-dniowy termin na wniesienie odwołania upłynął 30 stycznia 2023 r. (uwzględniając, że 5-ty dzień wypadał 29 stycznia 2023 r., tj. w niedzielę). Odwołanie zostało złożone pisemnie, za

pośrednictwem poczty. Nie ma wątpliwości, że odwołanie zostało złożone 13 lutego 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej), zatem z naruszeniem powyższego terminu na jego wniesienie. Ponadto, uwzględniając, że odwołanie odnosi się również do czynności Zamawiającego polegającej na zatrzymaniu wadium, Izba wskazuje, że jak wynika z historii korespondencji z Odwołującym, załączonej przez Zamawiającego do pisma z 15 lutego 2023 r., informacja o zatrzymaniu wadium została Odwołującemu przesłana za pośrednictwem platformy 1 lutego 2023 r. Zatem również w zakresie odwołania się od czynności polegającej na zatrzymaniu wadium, odwołanie jest spóźnione, gdyż 5-dniowy termin na wniesienie odwołania upływał 6 lutego 2023 r.

W tym miejscu Izba przypomina, że dopiero doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oznacza jego wniesienie. Powyższa zasada nie zmieniła się na gruncie aktualnie obowiązującego art. 514 ust. 1 ustawy Pzp (*vide* postanowienie z dnia 19.02.2021 r., sygn. akt KIO 309/21). Zatem dla wykazania, że termin na wniesienie odwołania został zachowany istotna jest data wpływu odwołania do Prezesa Izby. Wobec tego nawet gdyby hipotetycznie uznać, że Odwołujący był uprawniony przyjąć, iż termin na wniesienie odwołania rozpoczął swój bieg 2 lutego 2023 r. (co jednak w okolicznościach tej sprawy nie jest uprawnione), to 5-dniowy termin na wniesienie odwołania upływałby 7 lutego 2023 r. (wtorek), natomiast odwołanie wpłynęło do Prezesa KIO 13 lutego 2023 r.

Ponadto jak wynika z treści art. 528 pkt 6 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp.

Jak wynika z załączonego do odwołania potwierdzenia przekazania odwołania Zamawiającemu, czynność ta miała miejsce 7 lutego 2023 r., za pośrednictwem poczty elektronicznej. Skoro więc z okoliczności sprawy wynika, że termin na wniesienie odwołania od czynności odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia postępowania, o której informacja została wykonawcom, w tym Odwołującemu przekazana drogą elektroniczną 24 stycznia 2023 r., upłynął 30 stycznia 2023 r. (w zakresie czynności odnoszącej się do odrzucenia oferty i unieważnienia postępowania), w ocenie Izby odrzucenie odwołania dodatkowo również w uparciu o podstawę wskazaną w art. 528 pkt 6) ustawy Pzp, jest w okolicznościach tej sprawy zasadne.

Reasumując stwierdzić należy, że wobec okoliczności, iż w tym postępowaniu odwoławczym zaistniała przesłanka odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 3) i w pkt 6) ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 nowej ustawy Pzp 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 pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) – obciążając Odwołującego tymi kosztami w postaci uiszczonego przez niego wpisu od odwołania.

Przewodnicząca:……..…