

POSTANOWENIE
z dnia 23 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron w dniu 23 maja 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2023 roku przez wykonawcę: **D.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „REICHBAU” D.L., ul. Lawendowa 4, 76-039 Nowe Bielice** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Politechnikę Koszalińską, ul. Śniadeckich 2, 75-453 Koszalin**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: D.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „REICHBAU” D.L. ul. Lawendowa 4, 76-039 Nowe Bielice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu

od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 5 300 zł 90 gr (słownie: pięć tysięcy trzysta złotych dziewięćdziesiąt groszy) tytułem kosztów związanych

z dojazdem na wyznaczone posiedzenie oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1304/23

Uzasadnienie

Zamawiający - Politechnika Koszalińska działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego pn.: „Budowa Centrum Wiedzy Cognitarium — Etap I Parking

wraz z infrastrukturą techniczną obejmującą sieć i instalację kanalizacji deszczowej

wraz z towarzyszącymi urządzeniami budowlanymi, sieci i instalacje elektryczne oraz sieci

i instalacje elektryczne niskoprądowe na terenie Politechniki Koszalińskiej, dz. nr 19/12, 19/8 i 1 obr. 18 przy ul.

Śniadeckich w Koszalinie”, zwane dalej „Postępowaniem”. Ogłoszenie

o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia

1 marca 2023 roku Nr 2023/S 043-126320.

W dniu 8 maja 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało

wniesione odwołanie przez wykonawcę D.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe

„REICHBAU” D.L. ul. Lawendowa 4, 76-039 Nowe Bielice zwanego dalej „Odwołującym” od:

1) niezgodnej z przepisami ustawy z 11.09.2019 r. — Prawo zamówień publicznych czynności, podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego;

2) niezgodnej z przepisami ustawy z 11.09.2019 r. — Prawo zamówień publicznych czynności, podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na dokonaniu wyboru mniej korzystnej oferty wedle przybranych w postępowaniu kryteriów.

Powyższym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 14 w zw. z art. 97 ust. 10 ustawy Pzp, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego pomimo załączenia do oferty dokumentu polisy wadialnej w formie elektronicznej;

2. art. 239 ustawy Pzp, polegające na dokonaniu przez Zamawiającego wyboru oferty mniej korzystnej wedle oceny dokonanej na podstawie przybranych kryteriów oceny.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- nakazanie Zamawiającemu wykonanie czynności związanych z oceną ofert oraz wezwaniem do przedłożenia środków podmiotowych przez Wykonawcę oraz powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty ewentualnie umorzenia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

W zakresie postępowania dowodowego Odwołujący wniósł o:

- przeprowadzenie dowodu z dokumentu oświadczenia Zamawiającego wyrażonego w formie elektronicznej o prawidłowości wniesienia wadium na okoliczność prawidłowości przedłożenia wadium,
- przeprowadzenie dowodu z dokumentu polisy wadialnej przekazanej w formie elektronicznej na okoliczność prawidłowości wniesienia wadium.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W dniu 21 maja 2023 roku Zamawiający złożył Odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając argumentację na potwierdzenie zasadności swojego stanowiska. Dodatkowo Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt. 6 ustawy Pzp, wskazując, że termin na złożenie odwołania upłynął 8 maja 2023 roku, do tego dnia Zamawiający nie otrzymał kopii odwołania złożonego przez odwołującego do KIO w dniu 8 maja 2023 r. Zamawiający nie mógł więc przekazać wersji takiego odwołania pozostałym wykonawcom składającym oferty w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 5 maja 2023 roku otrzymał od Odwołującego projekt odwołania,

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających w wyniku których ustaliła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że 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. Zgodnie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2.

Z kolei, zgodnie z art. 515 ust. 2 ustawy Pzp 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.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Czynnością Zamawiającego stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania, było odrzucenie oferty Odwołującego, o którym Zamawiający poinformował Odwołującego w dniu 28 kwietnia 2023 roku za pośrednictwem platformy elektronicznej, na której prowadzone było postępowanie. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, powyżej progów unijnych.

Odwołujący w dniu 8 maja 2023 roku wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, do którego m.in. załączył plik zatytułowany „dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu w dniu 5.05.2023r.”.

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas posiedzenia, ww. plik załączony do odwołania nie stanowił przekazania kopii odwołania lecz projekt zapowiadanego odwołania, który Odwołujący zamierzał złożyć do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku gdyby Zamawiający nie unieważnił czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Ponadto, do projektu zapowiadanego odwołania, Odwołujący nie załączył załącznika, w postaci gwarancji wadialnej, który został załączony do odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2023 roku.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. zm.) z uwagi na niewypełnienie przez Odwołującego obowiązku wynikającego z treści art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Odwołujący przekazuje Zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Przedmiotowe odwołanie nie zostało wniesione w formie pisemnej, a zatem Odwołujący zobowiązany był do jego przekazania Zamawiającemu w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej.

Izba wskazuje, że w analizowanym stanie faktycznym, w celu zrealizowania obowiązku wynikającego z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący zobligowany był do przekazania Zamawiającemu odwołania w dniu 8 maja 2023 r. Tymczasem Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu odwołania wniesionego w dniu 8 maja 2023 roku, co obliguje Krajową Izbę Odwoławczą, zgodnie z art. 528 pkt 6 Pzp do odrzucenia odwołania.

Podkreślenia wymaga, że termin określony ustawą na przekazanie Zamawiającemu odwołania nie podlega przywróceniu a jego niedotrzymanie skutkuje koniecznością odrzucenia odwołania.

Przekazany w dniu 5 maja 2023 r. projekt odwołania nie stanowił wypełnienia obowiązku leżącego po stronie Odwołującego, wynikającego z treści art. 514 ust. 2 ustawy Pzp. Powyższy przepis nakłada na Odwołującego obowiązek, którego wypełnienie stanowi jedną z przesłanek decydujących o skuteczności wniesionego odwołania. Przepis sformułowany jest w sposób przejrzysty i jednoznaczny, a niedopełnienie obowiązku z niego wynikającego stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia odwołania, którą Izba bierze pod uwagę z urzędu. Zgodnie z art. 514 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Izby. Nie będzie zatem odwołaniem projekt odwołania, który wykonawca dopiero zamierza wnieść do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, pomimo zatytułowania go „Odwołanie”.

Obowiązkiem Odwołującego było przekazanie Zamawiającemu odwołania (lub jego kopii w przypadku wniesienia odwołania w formie pisemnej), tj. dokumentu wraz ze wszystkimi załącznikami, który został wniesiony do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, a nie projektu takiego dokumentu, czy informacji o zamiarze wniesienia odwołania z propozycją jego treści.

Projekt odwołania nie jest odwołaniem i nie wywołuje skutków prawnych właściwych dla odwołania, pomimo tego że jest podpisany przez Odwołującego. Ponadto, Zamawiający dopóki nie zostanie powiadomiony przez Odwołującego o wniesieniu odwołania i jego treści nie wie, czy odwołanie w ogóle zostało wniesione, oraz jaka jest ostatecznie jego treść. Nie można również pomijać okoliczności, że informacja o wniesieniu odwołania kreuje po stronie Zamawiającego obowiązek wynikający z art. 524 ustawy Pzp, polegający na niezwłocznym przekazaniu kopii odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, w celu wezwania ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Ponadto, zgodnie z treścią art. 577 ustawy Pzp, w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Natomiast o fakcie wniesienia odwołania, Zamawiający musi zostać powiadomiony przez Odwołującego, zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp. Brak informacji o wniesieniu odwołania, skutkuje uprawnieniem Zamawiającego do zawarcia umowy, na podstawie art. 421 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 577, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej lub faksu, albo 15 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób.

Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie, że wypełnił ciężący na nim obowiązek wynikający z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że Odwołujący nie przesłał Zamawiającemu odwołania, jak wymaga tego przepis art. 514 ust. 2 ustawy Pzp wobec czego, na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp orzekł jak w sentencji, odrzucając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący.....