

Sygn. akt: KIO 1409/23

**POSTANOWENIE**  
z dnia 29 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: M.T.**

**Protokolant: Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 29 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 19 maja 2023 r. przez wykonawcę **Instal Warszawa spółka akcyjna w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Żuromińskie Zakłady Komunalne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Żurominie** przy udziale wykonawcy **Melbud spółka akcyjna w Grudziądzu** zgłaszającego udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Instal Warszawa spółka akcyjna w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Instal Warszawa spółka akcyjna w Warszawie**, 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.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 1409/23

**Uzasadnienie**

Żuromińskie Zakłady Komunalne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Żurominie (dalej: Zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo ustawa Pzp), którego przedmiotem jest „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Żurominie”, numer referencyjny: 4/ZZK/2022.

W tymże postępowaniu w dniu 19 maja 2023 r. odwołanie złożył wykonawca Instal Warszawa spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Odwołujący). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz naruszający zasadę przejrzystości;
2. art. 253 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez brak przekazania Odwołującemu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej niezwłocznie po dokonaniu tej czynności;
3. art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wielokrotne wzywianie wykonawcy Marex do uzupełnień, w tym do uzupełnienia wadium;
4. art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Marex, gdyż wybrany wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy (nieobejmujący całego okresu związania ofertą);
5. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Melbud gdyż wykonawca którego oferta klasyfikuje się na drugim miejscu w rankingu ofert, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
6. ewentualnie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Melbud do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy ze złożonych przez Melbud dokumentów nie wynika, że spełnia ono warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale XI Warunki udziału w postępowaniu ust. 2 pkt. 3 ppkt c) oraz pkt. 4 ppkt c) SWZ.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

1. przekazanie Odwołującemu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
2. z ostrożności, o nakazanie Zamawiającemu:
  - 2.1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i oceny ofert;
  - 2.2. dokonania ponownego badania i oceny ofert;

2.3 odrzucenia oferty Marex na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp;

2.4 odrzucenia oferty Melbud na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp;

2.5 ewentualnie wezwanie Melbud na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale XI Warunki udziału w postępowaniu ust. 2 pkt 3 ppkt c) i pkt 4 ppkt c) SWZ.

2.6 jeśli do czasu rozpatrywania niniejszego odwołania umowa o zamówienie publiczne zostanie zawarta, Odwołujący wnosi o unieważnienie zawartej umowy.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Melbud spółka akcyjna w Grudziądzu (dalej: Przystępujący).

W dniu 26 maja 2023 r., przed otwarciem rozprawy, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzuty przedstawione w obu odwołaniach w całości.

Na posiedzeniu, w dniu 29 maja 2023 r., Przystępujący złożył sprzeciw od uwzględniania przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Odwołujący, zawiadomiony prawidłowo o terminie posiedzenia, nie był na nim obecny.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu ustaliła, co następuje.

Zamawiający w dniu 8 maja 2023 r. zamieścił informację o wyborze oferty najkorzystniejszej na miniPortalu – platformie, za pomocą której prowadził postępowanie. Ustalenie to zostało dokonane na podstawie zgodnych oświadczeń Zamawiającego i Przystępującego. Równocześnie nie było sporne, że Zamawiający nie zawiadomił wykonawców (nie przekazał informacji) o wyniku postępowania.

Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 19 maja 2023 r. Z treści odwołania wynika, że liczył termin na wniesienie odwołania od dnia 15 maja 2023 r., ponieważ w tym dniu wezwał Zamawiającego do przekazania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Równocześnie podał w treści odwołania, jako znany sobie fakt, „że Zamawiający zamieścił na miniportalu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej” (str. 3 odwołania 5 akapit).

Oznacza to, że Odwołujący wiedział, jaka jest treść informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (co również potwierdza dalsza treść odwołania, ponieważ w odwołaniu Odwołujący właśnie kwestionuje wybór oferty najkorzystniejszej). Jednak Odwołujący w treści odwołania nie podaje, kiedy zapoznał się z tą informacją. Niewątpliwie to ta właśnie informacja (o wyborze oferty najkorzystniejszej) jest podstawą zarzutów odwołania. Odwołujący kwestionuje brak zawiadomienia go o wyborze oferty najkorzystniejszej, a z ostrożności procesowej kwestionuje ten wybór. Żądaniem odwołania jest przekazanie Odwołującemu zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, pozostałe żądania mają charakter wniosków ewentualnych, podnoszonych z ostrożności.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje:

Wartość postępowania jest mniejsza, niż progi unijne. Zgodnie z art. 515 ust 3 pkt 2 Prawa zamówień publicznych odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności, można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (ponieważ Zamawiający nie przekazał informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, przepis art. 515 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych nie może znaleźć zastosowania).

W odwołaniu nie zostało wskazane, kiedy Odwołujący dowiedział się o podstawie wniesienia odwołania – z odwołania nie wynika konkretny termin oznaczony datą dzienną, a jedynie można wywnioskować, że Odwołujący zapoznał się z informacją o wyborze pomiędzy dniem 8 maja a dniem 15 maja 2023 r. (tj. między datą zamieszczenia informacji na miniPortalu a datą złożenia wniosku do zamawiającego). Data 15 maja 2023 roku to nie jest data, o której mowa w art. 515 ust 3 pkt 2, to znaczy nie jest to data, w której Odwołujący zapoznał się z podstawą wniesienia odwołania, a przynajmniej nie wynika to z treści odwołania.

Należy zauważyć, że gdyby przyjąć rozumowanie Odwołującego, i liczyć początek biegu terminu na wniesienie odwołania od dnia, kiedy Odwołujący wezwał Zamawiającego do przekazania mu informacji, to Odwołujący mógłby kierować takie wezwanie w każdym czasie, a następnie wnieść odwołanie nawet za rok. Tymczasem nie ulega wątpliwości, że Odwołujący znał wynik postępowania, ponieważ kwestionował go w odwołaniu, a więc się z nim zapoznał, jednak w nieustalonej dacie. Wynika to wprost z treści odwołania, ponieważ sam Odwołujący podaje, że skierował do Zamawiającego wezwanie po tym, kiedy dowiedział się o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Na posiedzeniu Przystępujący zauważył, że postępowania, które są przeprowadzone za pośrednictwem platform komercyjnych posiadają funkcjonalność, dzięki której wykonawca otrzymuje każdorazowo automatyczne powiadomienie wiadomością email, o tym, że na platformie zamawiający zamieścił jakąś informację. MiniPortal nie posiada takiej funkcjonalności, dlatego wykonawca tym bardziej powinien dochować należytej staranności i regularnie sprawdzać stronę postępowania.

Informacja o wyniku postępowania została zamieszczona na miniPortalu w dniu 8 maja 2023 r. Był to pierwszy

dzień, w którym Odwołujący mógł powziąć wiadomość o podstawie wniesienia odwołania.

W konsekwencji na podstawie powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, to jest po upływie ustawowego terminu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy 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). Ponieważ w przypadku odrzucenia odwołania, przywołane wyżej rozporządzenie nie przewiduje w § 8 ust. 1 zasądzenia kosztów dla Przystępującego, Izba nie uwzględniła złożonego przez niego wniosku o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:.....**