Sygn. akt: KIO 1438/23

POSTANOWIENIE
z dnia 2 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania w dniu **2 czerwca 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu**22 maja 2023 r.** przez wykonawcę **J.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane "KOBUD" J.A,ul. Legnicka 16, 55300 Środa Śląska** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Wałbrzych Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu, ul. Matejki 1, 58300 Wałbrzych**

przy udziale wykonawcy **ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o., ul. Ludwika Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
przy udziale wykonawcy **R.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo - Budowlane R.K., ul. Bratkowa 1, 57-230 Kamieniec Ząbkowicki**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1.**odrzuca odwołanie**
2.kosztami postępowania obciąża **J.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane "KOBUD" J.A., ul. Legnicka 16, 55300 Środa Śląska** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 g r (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez J.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane "KOBUD" J.A.ul. Legnicka 16, 55300 Środa Śląskatytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. 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 1438/23

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„„Rozbiórka części budynku użytkowego przy ul. Ludwiga van Beethovena 24a w Wałbrzychu", numer referencyjny: DU.260.4.2023*, zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 07.03.2023 r. pod nr 2023/BZP 00124001 przez:Gmina WałbrzychZarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu, ul. Matejki 1, 58300 Wałbrzych dalej: *„Zamawiającym"*. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zwana dalej: *„NPzp*" albo *„PZP"* albo *„pzp"*.

W dniu 17.05.2023 r. (za pośrednictwem Platformy zakupowej Logintrade SA) Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty – R.K. prowadzący działalność gospodarcza pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo — Budowlane R.K, ul. Bratkowa 1, 57-230 Kamieniec Ząbkowicki zwany dalej:*„Przedsiębiorstwo Usługowo — Budowlane R.K."* albo *„Przystępującym po stronie Zamawiającego"*. Druga pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła firma J.A. prowadzący działalność gospodarcza pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane "KOBUD" J.A.ul. Legnicka 16, 55300 Środa Śląska zwana dalej: *„Przedsiębiorstwo Budowlane "KOBUD" J.A.*albo *„Odwołującym"*. Trzecią pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła firma ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o., ul. Ludwika Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec zwan dalej: *„ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o."* albo *„Przystępującym po stronie Odwołującego"*.

D n i a 22.05.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 17.05.2023 r. złożył *Przedsiębiorstwo Budowlane "KOBUD" J.A*. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem).

Odwołanie zostało podpisane przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 19.05.2023 r. udzielonego przez właściciela.

Zamawiający w dniu 23.05.2023 r. (za pośrednictwem Platformy zakupowej Logintrade SA) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 24.05.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zostało podpisane przez P. i V-ce P.Z. osoby ujawnione w załączonym do zgłoszenia dokumencie rejestrowym i umocowane do łącznej reprezentacji. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o.

W dniu 25.05.2023 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Usługowo — Budowlane R.K. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zostało podpisane przez adwokata umocowanego na podstawie pełnomocnictwa 24.05.2023 r. udzielonego przez właściciela. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Przedsiębiorstwo Usługowo — Budowlane R.K..

W dniu 02.06.2023 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o odrzucenie odwołania, ewentualnie o oddalenie odwołania w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez Dyrektora Zarządu Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu.

W dniu 02.06.2023 r. (e-mailem) Przystępujący po stronie Zamawiającego złożył pismo procesowe w ramach którego wnosił o oddalenie odwołania. Pismo procesowe zostało podpisane tak jak przystąpienie.

W dniu 02.06.2023 r. na podstawę zarządzenia z 25.05.2023 r. odbyło się posiedzenie z udziałem stron oraz uczestników postępowania.

W jego ramach Zamawiający podtrzymał wniosek o odrzucenie odwołania, który został poparty przez Przystępującego po stronie Zamawiającego. Podnoszono następującą istotną argumentację. Odwołujący wnosił o oddalenie wniosku o odrzucenie odwołania, stwierdził co następuje: *„(…)odnosząc się zaś do postanowienia przywołanego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie podkreśla, że wywodzi z niego odmiennie niż Zamawiający, iż jego odwołanie nie podlega odrzuceniu. Wyjaśnia, iż to postanowienie wydano w kontekście wyboru oferty najkorzystniejszej tj., po tej czynności. Wyjaśnia również, że odwołanie które wniósł dot. wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechań, które dokonał Zamawiający w związku z wyborem oferty Przystępującego. Wyjaśnia, że postępowanie było z możliwością przeprowadzenia negocjacji i do zakończenia tych negocjacji nie znana była cena Przystępującego z racji tego, że Przystępujący miał możliwość modyfikacji ceny. W ocenie Odwołującego termin wniesienia odwołania jest zdeterminowany wyborem oferty najkorzystniejszej oraz ceny. W ocenie Odwołującego nie przecząc okolicznościom przytoczonych we wniosku Zamawiającego zauważa, że w żadnym z pism, które otrzymał na wcześniejszym etapie postępowania nie uzyskał informacji o zakończeniu procesu badania oceny ofert. Nie miał więc pewności czy oferta Przystępującego nie zostanie odrzucona. Potwierdza, iż 5 maja 2023 r. otrzymał od Zamawiającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny udzielonej przez Przystępującego, jednakże zwraca uwagę, że nie była znana cena. W żadnym z pism przesłanych nie ma informacji, iż wytypował Zamawiający wszystkie oferty nie podlegające odrzuceniu. Odwołujący podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko przedstawione wcześniej podkreślając, że w piśmie z 5 maja 2023 r. został odrzucony kolejny z wykonawców i nie informował, że zakończył czynności i badanie ofert w tym piśmie. Nie była też znana cena Przystępującego. (…)".*

Zamawiający z kolei stwierdził: *„(…) postępowanie było prowadzone w trybie podstawowym z możliwością negocjacji. Miało charter 2 etapowy. Wyjaśnił, że uzupełnienie z 5 maja 2023 r. wynikało z nie przedłużenia ważności oferty przez 2 wykonawców. Na tym etapie postępowania przed negocjacją znane były ceny oferty przedstawione w ramach ofert pierwotnych. Potwierdził, że Przystępujący po negocjacjach złożył ofertę dodatkową w ramach, której zmodyfikował cenę w dół. W ocenie Zamawiającego biorąc pod uwagę, że wezwał w zakresie ceny rażąco niskiej na pierwszym etapie postępowania na bazie ówczesnej ceny wykonawca mógł składać środki ochrony prawnej. W tym zakresie w ramach drugiego etapu postępowania po złożeniu oferty dodatkowej Zamawiający nie wzywał do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W ocenie Zamawiającego Odwołujący powinien ewentualnie zaskarżyć czynność Zamawiającego z 17 maja 2023 r., sformułować zarzut zaniechania do wyjaśnień. W pozostałym zakresie powołuje się na*

art. 287 ustęp 3 PZP. (…)".

Przystępujący po stronie Zamawiającego dodał, że: *„(…)Zwraca uwagę, że art. 287 ustęp 3 PZP został powołany w informacji z 2 maja 2023 r. Na tej podstawie Odwołujący dysponował informacją o ofertach odrzuconych i tych co nie zostały odrzucone. Zwraca też uwagę, że całość odwołania jest oparta o wyjaśniania, które były już dostępne Odwołującemu 5 maja 2023 r. Zwraca też uwagę, że wbrew twierdzeniom dzisiejszym Odwołującego odwołanie referuje na str. 6 do starej, a nie nowej ceny. Powołuje się na orzeczenia KIO o sygnaturach KIO 2665/19, KIO 400/16 oraz KIO 610/12, które dot. aukcji elektronicznych, które wskazują, iż odwołanie powinno być wnoszone na etapie wtedy kiedy wykonawca dowiaduje się o ofertach, które nie będą brały dalej udziału w postępowaniu oraz te które będą brały udział na dalszym etapie. (…)".*

Odwołujący kontynuując zwrócił uwagę: *„(…) iż odwołanie jest od ostatniej czynności Zamawiającego tj., od wyboru oferty najkorzystniejszej i w ostateczności należy uznać, że dopiero na tym końcowym etapie Zamawiający przyjął wyjaśnienia Przystępującego. Biorąc pod uwagę, iż cena była o 30% niższa od kosztorysu Zamawiającego i tylko poprzez uznanie poprzednich wyjaśnień mógł odstąpić. Zwraca też uwagę, że o nowej cenie dowiedział się na etapie o wyborze oferty najkorzystniejszej, gdyż negocjacje były objęte tajemnicą.".*

Zamawiający natomiast zwrócił uwagę: *„(…) że na drugim etapie postępowania Odwołujący nie wzywał do wglądu w dokumentacje. Nie interesowało go to czy Zamawiający wzywał go do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. (…)".* Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego. Dalszą argumentację Izba pominęła uznając, że nie dotyczy wprost przedmiotu wniosku o odrzucenie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 528 pkt 3 PZP stanowi, iż *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie*. Terminy na wniesienie odwołania oraz sposób liczenia terminów określa art. 515 PZP.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a PZP odwołanie wnosi się w przypadku zamówień których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja o czynności została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 2 PZP odwołanie w przypadkach innych niż określonew ust. 1 i 2 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, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

Postępowanie pn. Rozbiórka części budynku użytkowego przy ul. Beethovena 24aw Wałbrzychu zostało wszczęte dnia 07.03.2023 r. na podstawie art. 275 pkt 2 PZP, tj. w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji. Zgodnie z zapisami rozdziału IX SWZ*„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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 344)."*.

Termin składania ofert upływał w dniu 04.04.2023 r. o godzinie 11:00. Do upływu terminu składania ofert złożonych zostało 12 ofert opiewających na kwoty od 233 454,00 zł do 1 399 740,00 zł brutto. W trakcie badania ofert Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 pkt 2 PZP, pismem z 11.04.2023 r. wezwał wykonawców, w tym Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane R.K. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W wyniku analizy otrzymanych od wykonawców wyjaśnień odrzucono 7 ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP oraz 2 oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 i 14 PZP.

Zgodnie z art. 287 ust. 3 PZP - w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2 PZP, Zamawiający poinformował pismem z dnia 02.05.2023 r. uzupełnionym 05.05.2023 r. równocześnie wszystkich wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty, o wykonawcach:

1)których oferty nie zostały odrzucone oraz punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji zapraszając ich jednocześnie do udziału w negocjacjach

2)których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Jednocześnie w zaproszeniu do negocjacji poinformował o cenach wszystkich złożonych ofert (wykaz złożonych ofert) oraz o punktacji, którą uzyskały oferty, które nie podlegały odrzuceniu (Streszczenie oceny i porównania złożonych ofert). Powołał się także na art. 287 ust. 3 PZP. Nadto, poinformował także o Wykonawcach, których zaprasza do negocjacji. Niniejsze dotyczyło pierwszego etapu postępowania przed negocjacjami.

Po przekazaniu wykonawcom powyższych informacji, Odwołujący 02.05.2023 r. wystąpił do Zamawiającego z

wnioskiem o udostępnienie ofert oraz innych dokumentów dotyczących wskazanych w nim wykonawców, w tym oferty Przedsiębiorstwa Usługowo-Budowlanego R.K..

W dniu 05.05.2023 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu zgodnie z wnioskiem oferty wraz z załącznikami oraz pozostałą korespondencją, w tym wezwanie do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę Przedsiębiorstwa Usługowo-Budowlanego R.K..

Niniejsze okoliczności tzn. tak przekazanie informacji z 02 i 05.05.2023 r., jak i wystąpienie do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie ofert oraz innych dokumentów dotyczących wskazanych w nim wykonawców oraz zapoznanie się z wyjaśnieniami Przystępującego po ich otrzymaniu 05.05.2023 r., potwierdził na posiedzeniu 02.06.2023 r. Odwołujący. Jednocześnie, Izba podkreśla w zakresie argumentacji z posiedzenia, że Odwołujący nie znał ceny ostatecznej oferty Przystępującego, bo tą zmienił w ramach oferty dodatkowej po negocjacjach, że odwołanie na str. 6 odnosi się do ceny pierwotnej i do niej odnosiły się wyjaśnienia w zakresie cent rażąco niskiej z 17.04.2023 r.

Wszystkie zarzuty Odwołującego niewątpliwie odnoszą się do wyjaśnień z 17.04.2023 r. Przedsiębiorstwa Usługowo-Budowlanego R.K. w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych w pierwszym etapie postępowania przed zaproszeniem do negocjacji.

Wobec powyższego, należy uznać, że Odwołujący powziął informację dotyczącą odrzuconych ofert w dniu 02.05.2023 r. oraz 05.05.2023 r. natomiast w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlanego R.K. w dniu 05.05.2023 r.

Nie budzi wątpliwości fakt, że Odwołujący miał możliwość zapoznania się z dokumentami stanowiącymi podstawę wniesienia odwołania (informacja o odrzuconych ofertach w pierwszym etapie postępowania, wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny przekazane Przedsiębiorstwu Usługowo-Budowlanego R.K., wyjaśnienia Przedsiębiorstwa Usługowo-Budowlanego R.K. w zakresie rażąco niskiej ceny) wcześniej, niż po opublikowaniu przez Zamawiającego informacji o wyborze oferty, czyli już na pierwszym etapie postępowania.

Dlatego też Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że niezależnie czy zastosowanie ma art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a (licząc termin od czynności zaproszenia do negocjacji zawierającego – Wykaz złożonych ofert oraz Streszczenie oceny i porównania złożonych ofert wraz z informacją o ofertach odrzuconych i nieodrzuconych na pierwszym etapie przed negocjacjami, tj. 02 i 05.05.2023 r.) czy też art. 515 ust. 3 pkt 2 w zw. z art. 509 ust. 1 PZP (licząc termin od czynności zapoznania się z wyjaśnieniami z 17.04.2023 r.), termin na wniesienie odwołania w zakresie nieodrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlanego R.K. z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę oraz w zakresie jej niezgodności z warunkami zamówienia upłynął w dniu 10.05.2023 r. Jednocześnie, należy zauważyć, że na obecnym etapie po negocjacjach i złożeniu ofert dodatkowych Odwołujący nie mógł już wnosić odwołania na treść udzielonych wyjaśnień na pierwszym etapie postępowania. Mógł co najwyżej wnieść odwołanie na zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej w związku ze złożeniem przez Przystępującego oferty dodatkowej z nową ceną po negocjacjach.

Dodatkowo Izba wskazała, że termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu zawitego, niepodlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Izba uznała w niniejszym odwołaniu, że zaistniały okoliczności zbliżone tak jak zaproszeniu konkurujących wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej (Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 2665/19, Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 400/16 oraz w Postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 610/12).

W konsekwencji powyższego stwierdzić należy, że odwołanie które wpłynęło w dniu 22.05.2023 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, a tym samym skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, 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.

Przewodniczący:

…….....