

Sygn. akt: KIO 1438/23

**POSTANOWENIE**  
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 Żąbkowicki** 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 gr (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 Śląska tytułem 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

**Uzasadnienie**

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 ogłoszeniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 07.03.2023 r. pod nr 2023/BZP 00124001 przez: Gmina Wałbrzych Zarząd 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 Żąbkowicki zwany dalej: „Przedsiębiorstwo Usługowo — Budowlane R.K.” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego”. Drugą pozycję 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 pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o., ul. Ludwika Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec zwaną dalej: „ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o.” albo „Przystępującym po stronie Odwołującego”.

Dnia 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. ogłosiło 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: ENERGO-KON-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 z 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. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o odrzućcie 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 podstawie 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 wnosil 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 przytoczonym we wniosku Zamawiającego zauważa, że w żadnym z pism, które otrzymał na wcześniejszym etapie postępowania nie uzyskał informacji o zakończeniu procesu badania oferty. 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 charakter 2 etapowy. Wyjaśnił, że uzupełnienie z 5 maja 2023 r. wynikało z nie przedłużenia ważności oferty przez 2 wykonawców. Na tym etapie postępowania przed negocjacjami 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 wyjaśnienia, 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 KIC 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 dokumentację. 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 określonych w 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 cen 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 nieodrzuconia 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 odwołań 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:**

.....