

Sygn. akt: KIO 2556/18

POSTANOWIENIE
z dnia 21 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu w dniu 21 grudnia r. w Warszawie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2018 r. przez odwołującego: **Energopol-Szczecin S.A.** (ul. św. Floriana 9/13 70-646 Szczecin) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie**, (ul. Grzybowska 80/82 00-844 Warszawa),

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego **Energopol-Szczecin S.A.** (ul. św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin) kwoty **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej kwotę uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp], przez Zamawiającego: Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie, którego przedmiotem jest: „Ochrona Przeciwpowodziowa Tarnobrzegu „Wisła Etap 2 - Rozbudowa prawego wału rzeki Wisły na dł. 13,959 km prawego wału rzeki San na dł. 2,193 km oraz lewego wału rzeki Łęg na dł. 0,112 km na terenie am. Gorzyce i gm. Radomyśl nad Sanem, woj. podkarpackie" w ramach Projektu Ochrona Przeciwpowodziowa w dorzeczu Odry i Wisły ujęty w Planie Realizacji Zamówień Projektu pod pozycją: 3B.2 (nr referencyjny RZ.ROZ.281.2.2018). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w dniu 23 maja 2018 r. w Dz. Urz. UE: 2018/S 096-217909.

Wnoszący odwołanie wykonawca - Energopol-Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie (Odwołujący) zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum firm: EKOMEL Sp. z o.o. z siedzibą w Janowie Lubelskim, Zakład Usług Wodno- Melioracyjnych i Rekultywacji Sp. J. M. S., A. G. z siedzibą w Sandomierzu, oraz DABI SM BUDNY Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Ligocie wskazując na naruszenie:

1. Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 22d ust. 3 Pzp - zaniechanie wykluczenia Konsorcjum EKOMEL, wobec niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, (osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia), posiadającymi odpowiednie doświadczenie oraz kwalifikacje zawodowe, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie:

a) niewykazanie (brak opisu zgodnie z wymaganiami Zamawiającego) przez Konsorcjum EKOMEL - doświadczenia (odpowiednio 5 lat w kierowaniu budową lub 3 lat w kierowaniu robotami) przez osoby wskazane na stanowisko: Kierownika budowy, Kierownika robót hydrotechnicznych, Kierownika robót konstrukcyjnych, Kierownika robót drogowych)

b) niewykazanie posiadania wymaganych przez Zamawiającego uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności hydrotechnicznej bez ograniczeń lub odpowiadającymi im ważnymi uprawnieniami, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów - dla wskazanych osób na stanowisko Kierownika robót hydrotechnicznych tj. Pana S. H. oraz A. G.;

2. Art. 91 ust. 1 Pzp - wybór wykonawcy Konsorcjum EKOMEL, pomimo że Wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania;
3. Art. 7 ust. 1 i 3 Pzp - naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

ewentualnie

4. w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 - naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 22d ust. 3 Pzp - zaniechanie wezwania Konsorcjum EKOMEL do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, albowiem przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej.

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum EKOMEL; (2) wykluczenie Konsorcjum EKOMEL z postępowania; (3) przeprowadzenie ponownej oceny i badania ofert ewentualnie (4) wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Konsorcjum EKOMEL; (5) przeprowadzenie ponownej oceny i badania ofert.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie w piśmie z dnia 14 grudnia 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm: EKOMEL Sp. z o.o. z siedzibą w Janowie Lubelskim, Zakład Usług Wodno- Melioracyjnych i Rekultywacji Sp. J. M. S., A. G. z siedzibą w Sandomierzu, oraz DABI SM BUDNY Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Ligocie (Konsorcjum EKOMEL) wnosząc o oddalenie odwołania.

W zgłoszonym przystąpieniu Konsorcjum EKOMEL podało także, że kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia otrzymał w dniu 12 grudnia 2018 r., zaznaczając jednocześnie, że: „Biorąc pod uwagę przepis art. 185 ust. 2 w związku z art. 14 ust. 2 ustawy — Prawo zamówień publicznych, termin do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego został zachowany”.

Wskazane pismo z datą 14 grudnia 2018 r. zostało nadane przez Konsorcjum na pocztę w dniu 17 grudnia 2018 r. (stempel na kopercie) i doręczone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2018 r. (prezentata Krajowej Izby Odwoławczej na zgłoszeniu przystąpienia z adnotacją o wpływie pisma).

Zamawiający w piśmie z dnia 20 grudnia 2018 r. w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że działając na podstawie art. 186 ust.2 ustawy Pzp uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm: EKOMEL Sp. z o.o. z siedzibą w Janowie Lubelskim, Zakład Usług Wodno- Melioracyjnych i Rekultywacji Sp. J. M. S., A. G. z siedzibą w Sandomierzu, oraz DABI SM BUDNY Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Ligocie (Konsorcjum EKOMEL) jest nieskuteczne, albowiem wniesione zostało po terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Stosownie do wskazanego przepisu: *„2. Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie”.*

Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w pierwszej kolejności przesłał wykonawcy pocztą elektroniczną w dniu 12 grudnia 2018 r. i w tej dacie – jak przyznał zgłaszający przystąpienie - nastąpiło ich doręczenie wykonawcy. Tym samym termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego rozpoczął swój bieg od dnia 13 grudnia 2018 r. Trzydniowy termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął w związku z art. 185 ust. 8 ustawy Pzp w dniu 17 grudnia 2018 r. W myśl tego przepisu: *„8. Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy”.*

Wskazać w tym miejscu należy, że dla zachowania terminu zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego znaczenie ma data doręczenia zgłoszenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w jednej z form wskazanych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Izba nie mogła wziąć zatem pod uwagę zgłoszenia przesłanego do Prezesa KIO pocztą w dniu 17 grudnia 2018 r., albowiem zostało wniesione do Prezesa KIO dopiero w dniu 18 grudnia 2018 r. Ustawa – Prawo zamówień publicznych wyraźnie nie łączy żadnych skutków z

nadaniem zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora wyznaczonego, inaczej niż w przypadku innych pism (por. przykładowo przepis art. 198b ust. 2 ustawy Pzp, który ze złożeniem skargi na orzeczenie Izby w takiej placówce łączy skutki wniesienia skargi do sądu). A zatem z nadaniem w dniu 17 grudnia 2018 r. zgłoszenia przystąpienia w placówce pocztowej operatora wyznaczonego nie można było łączyć skutków wniesienia pisma do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe stanowisko jest ugruntowane i prezentowane jednolicie w orzecznictwie Izby. Prawdliwość tego stanowiska, na tle analogicznych przepisów ustawy Pzp dotyczących wniesienia odwołania, potwierdza również uchwała Sądu Najwyższego z 7 lutego 2014 r., sygn. akt II CZP 90/13, w której stwierdził, że nie ma znaczenia dla zachowania terminu do wniesienia odwołania okoliczność, kiedy pismo z odwołaniem zostanie złożone w placówce operatora wyznaczonego.

W konsekwencji Konsorcjum EKOMEL nie uzyskało statusu uczestnika postępowania odwoławczego. Niezachowanie terminu dla zgłoszenia przystąpienia skutkowało wygaśnięciem prawa do wniesienia tego środka ochrony prawnej, gdyż termin określony w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter terminu zawitego i nie podlega przywróceniu. W konsekwencji wobec uwzględnienia przez Zamawiającego na podstawie art. 186 ust.2 ustawy Pzp w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Konsorcjum EKOMEL nie mogło korzystać z prawa do wniesienia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust.5 ustawy Pzp.

Izba, mając na uwadze powyższe, postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego w tej sprawie na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, albowiem stwierdziła, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Z kolei na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp postanowiła o zwrocie całej kwoty wpisu, na rzecz Odwołującego. W myśl tego przepisu koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa m.in. w ust. 3a wskazanego powyżej przepisu, znosi się wzajemnie.

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

.....