

POSTANOWIENIE
z dnia 25 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik
Ernest Klauziński
Aleksandra Kot

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego **25 maja 2022 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2022 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Jastrzębskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EKOP spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju**, w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową spółkę akcyjną z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, Zakład Wsparcia Produkcji przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Spółki Inwestycji Górniczych spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach oraz Grupy PROBUD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Jastrzębskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju oraz**

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EKOP spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą poniesiony przez Zamawiającego koszt z tytułu zastępstwa przed Izbą.

3. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą poniesiony przez Zamawiającego koszt z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 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:

.....

.....

Uzasadnienie

Jastrzębska Spółka Węglowa spółka akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, Zakład Wsparcia Produkcji (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie w Jastrzębskiej Spółce Węglowej S.A. KWK „Borynia- Zofiówka” Ruch „Borynia” usługi obejmującej prace przy transporcie dołowym oraz prace pomocnicze związane z utrzymaniem ciągów technologicznych zakładu górniczego. Nr postępowania 9/P/22.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu 23 lutego 2022 r. zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 038- 099398. Wartość tego zamówienia przekracza tzw. „progi unijne”.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) dalej jako „ustawa Pzp”.

11 maja 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Jastrzębskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EKOP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 lit. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Spółka Inwestycji Górniczych mimo nie spełnienia przez tego wykonawcę pkt 10.1.3. SWZ, 10.1.4 SWZ oraz w pkt 7.5. SWZ,
- 2) art. 239 Pzp w zw. z art. 17 Pzp przez niezasadne i niezgodne z prawem dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Spółka Inwestycji Górniczych, jako najkorzystniejszej,
- 3) art. 57 pkt 2 w zw. 182 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum firm: Spółka Inwestycji Górniczych Sp. z o. o., Grupa PROBUD Sp. z o. o. do przedłożenia referencji potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym stanowi art. 10.1.3. SWZ,
- 4) art. 139 Pzp przez faktyczne niezastosowanie procedury „odwróconej” mimo faktu, iż Zamawiający wyraźnie przewidział ten fakt w pkt 15.1 SWZ a obowiązujące

orzecznictwo w takim przypadku nakłada na Zamawiającego obowiązek zastosowania wymogów wynikających z art. 139 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w odwołaniu z zachowaniem zasady bezstronności i obiektywizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
- 2) odrzucenie oferty Spółka Inwestycji Górniczych Sp. z o. o.
- 3) ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum firm: Spółka Inwestycji Górniczych Sp. z o. o. - Grupa PROBUD Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów dotyczących rzeczywiście posiadanych referencji oraz personelu wskazanego w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia,

Jak wynika z akt postępowania informacja o wniesieniu odwołania została przekazana wykonawcom 4 maja 2022 r., natomiast 6 maja 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Spółka Inwestycji Górniczych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach oraz Grupa PROBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach (dalej: „Przystępujący”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Jak wynika z pisma Zamawiającego z 16 maja 2022 r. przesłanego za pośrednictwem poczty elektronicznej tego samego dnia (w aktach sprawy), 22 kwietnia 2022 r. informacja o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania (wybór oferty najkorzystniejszej) została przekazana wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. Informacja ta została wykonawcom przekazana drogą elektroniczną. Powyższe zostało potwierdzone przez Odwołującego w treści uzasadnienia odwołania.

Na podstawie treści SWZ Izba ustaliła, że wraz z ofertą wykonawcy zobowiązani byli złożyć podmiotowe środki dowodowe (*vide*: pkt 8.7.6 oraz pkt 10.1 SWZ). Natomiast z pkt 15.1 SWZ wynika, że Zamawiający przeprowadzi przedmiotowe postępowanie z zastosowaniem procedury, o której mowa w art. 139 ustawy Pzp. Zamawiający przewidział również możliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej, co wprost wynika z pkt 16.1 SWZ, gdzie Zamawiający wskazał, że w celu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający, po wstępnym badaniu i ocenie ofert, przeprowadzi jednoetapową aukcję elektroniczną.

W związku z powyższymi ustaleniami, Izba przyjęła, że termin na wniesienie odwołania powinien być liczony od daty wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym Izba oddaliła wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania z argumentacją tam zawartą. Izba nie uwzględniła również stanowiska Zamawiającego co do przyczyn odrzucenia wskazanych w odpowiedzi na odwołanie z 16 maja 2022 r. Na podstawie akt sprawy ustalono bowiem, że 2 maja 2022 r., tj. w terminie na odwołanie Odwołujący złożył pismo pt. „wniosek” zawierający prośbę o kierowanie korespondencji za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Wniosek ten nie zawierał żadnych załączników i – jak wynika z pisma Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 13 maja 2022 r. wysłanym w odpowiedzi na zapytanie Odwołującego – nie został zarejestrowany jako odwołanie. Prezes KIO wprost w ww. piśmie wskazał bowiem: „(...) „wniosek” z dnia 2 maja 2022 r. nie zawierał ani pisma przewodniego, ani załączników, a więc nie spełniał wymogów formalnych, w związku z tym nie został zarejestrowany jako odwołanie i nie będzie przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą.”.

Wobec ustalenia na podstawie akt sprawy powyższych okoliczności, Izba zważyła, co następuje:

Działając z urzędu, Izba ustaliła, że odwołanie z 11 maja 2022 r. podlega odrzuceniu z następujących powodów.

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, gdyż z jednej strony art. 529 ust. 1 ustawy Pzp pozwala Izbie na odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego, z drugiej strony według art. 530 ustawy Pzp w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, Izba kieruje sprawę na rozprawę.

Jedną z podstaw odrzucenia odwołania wynikającą z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp jest okoliczność, zgodnie z którą odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Jak wynika natomiast z treści art. 515 ust. 1 pkt 1) lit a) ustawy Pzp Odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy odwoławczej wskazać należy, że skoro informację o czynności będącej podstawą wniesienia odwołania Odwołujący powziął 22 kwietnia 2022 r., to 10-dniowy termin na wniesienie odwołania upłynął 2 maja 2022 r. Nie ma wątpliwości, że odwołanie zostało złożone za pośrednictwem poczty elektronicznej 11 maja 2022 r., zatem z naruszeniem powyższego terminu na jego wniesienie.

W tym miejscu wskazać należy, że choć w obliczu problemów technicznych ePUAP jakie mogą wystąpić w każdym czasie, czynność przesłania odwołania za pośrednictwem poczty elektronicznej z zachowaniem dla odwołania formy przewidzianej przepisami może być uznana za dopuszczalną, to powinna zostać ona wykonana z zachowaniem ustawowych terminów na wniesienie odwołania. Innymi słowy, ewentualna niemożność złożenia odwołania za pośrednictwem ePUAP nie może stanowić podstawy do wydłużenia terminu na wniesienie odwołania, w sytuacji gdy wykonawca ma do dyspozycji alternatywne sposoby jego wniesienia w formie wskazanej przepisami ustawy i z zachowaniem terminów w niej wskazanych.

Ponadto przypomnieć należy, że dopiero doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oznacza jego wniesienie. Powyższa zasada nie zmieniła się na gruncie aktualnie obowiązującego art. 514 ust. 1 ustawy Pzp (*vide*: postanowienie z dnia 19.02.2021 r., sygn. akt KIO 309/21). Zatem dla wykazania, że termin na wniesienie odwołania został zachowany istotna jest data wpływu odwołania do Prezesa Izby.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy Odwołujący nie podnosił wystąpienia problemów technicznych ePUAP. Odwołujący twierdził że pismo z 2 maja 2022 r. stanowiło odwołanie. Jednak jak wcześniej wskazano, złożony w terminie na wniesienie odwołania tj. 2 maja 2022 r. „wniosek” nie spełniał wymogów formalnych odwołania. Pismo to bowiem zawierało prośbę o kierowanie korespondencji za pomocą środków komunikacji elektronicznej. A złożone przez Odwołującego Urzędowe Poświadczenie Przedłożenia z Identyfikatorem Poświadczenia ePUAP-UPP82159142 odnosi się do ww. wniosku, a nie do odwołania.

Reasumując stwierdzić należy, że wobec okoliczności, iż w tym postępowaniu odwoławczym zaistniała przesłanka odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 3) ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 nowej ustawy Pzp w zw. z § 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) – obciążając Odwołującego tymi kosztami w postaci uiszczonego przez niego wpisu od odwołania oraz kosztami zastępstwa przed Izłą poniesionymi przez Zamawiającego.

Przewodniczący:

.....

.....