

Sygn. akt: KIO 2406/18

POSTANOWIENIE
z dnia 30 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Anna Chudzik

Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania w dniu 30 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GB Aircraft Sp. z o.o. oraz AERODATA AG z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Komendę Główną Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie**

- przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Beechcraft Berlin Aviation GmbH oraz Arminex Trading Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Niemczech** zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego

- przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: JB INVESTMENTS Sp. z o.o. oraz AERO CLUB Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie,**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GB Aircraft Sp. z o.o. oraz AERODATA AG z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GB Aircraft Sp. z o.o. oraz AERODATA AG z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. 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**.

.....

.....

.....

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

Zamawiający: Komenda Główna Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Zakup i dostawę dwóch samolotów wielosilnikowych – turbinowych do wykonywania zadań nad obszarami morskimi przez Lotnictwo Straży Granicznej.*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 stycznia 2018 r. pod numerem 2018/S 022-045600.

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Beechcraft Berlin Aviation GmbH oraz Arminex Trading Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Niemczech (zwani dalej również: „*Odwołującym*”) wnieśli w dniu 20 listopada 2018 r. odwołanie na zaniechanie wykluczenia przez Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: JB INVESTMENTS Sp. z o.o. oraz AERO CLUB Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 12 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W odwołaniu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Beechcraft Berlin Aviation GmbH oraz Arminex Trading Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Niemczech wskazali, na okoliczność, iż Konsorcjum JB nie wskazało w treści oferty rzeczywistego podwykonawcy, posiadającego stosowne uprawnienia PART 21, odpowiedzialnego za dokonanie prac instalacyjnych i przeróbek statku powietrznego (sugerując w treści oferty, że będzie nim jedynie niemiecka spółka Optimare Systems GmbH), okoliczność ta ujawniona została pismem procesowym Konsorcjum JB z dnia 5 listopada 2018 roku, przesłanym przez Konsorcjum JB pozostałym uczestnikom postępowania w formie elektronicznej, w dniu 6 listopada 2018 roku, w ramach postępowania odwoławczego z odwołania wniesionego przez konsorcjum Parsnake A. S. i Airborne Technologies GmbH (KIO 2090/18) oraz przez konsorcjum Beechcraft Berlin Aviation GmbH i Arminex Trading sp. z o.o. (KIO 2095/18). W piśmie tym literalnie wskazano (strona 13 akapit drugi), że ani Konsorcjum GB ani ich podwykonawca wskazany w treści oferty - niemiecka spółka Optimare Systems GmbH nie posiadają wymaganego prawem certyfikatu PART 21, w efekcie czego prace związane z instalacją systemu radarowego i systemu misji na samolocie wykonywać będzie producent statku powietrznego - czeska firma

LET Aircraft Industries, a.s. z siedzibą w Kunovicach, niewskazana jednak w treści oferty. W związku z powyższym Odwołujący pismem z dnia 13 listopada 2018 roku wezwał Zamawiającego do wykluczenia Konsorcjum JB z postępowania i wyznaczył w tym zakresie Zamawiającemu termin na wykonanie ww. czynności do dnia 15 listopada 2018. Mimo upływu określonego terminu żadne działania Zamawiającego w tym zakresie nie zostały wykonane. Odwołujący wskazał, iż nie otrzymał także jakiegokolwiek odpowiedzi na piśmie w przedmiotowej sprawie. Z dniem 15 listopada 2018 roku Odwołujący zmuszony został uznać, że Zamawiający uchylił się od wykonania czynności, do której był prawem zobowiązany.

Biorąc pod uwagę powyższe, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie w postępowaniu, którego wartość jest powyżej progów unijnych wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji - faksem lub drogą elektroniczną - o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia.

Z akt sprawy wynika, że Odwołujący informację o wyniku postępowania otrzymał w dniu 1 października 2018 r., która to stanowiła podstawę do wniesienia odwołania w niniejszej sprawie. Niewątpliwie okoliczność, że konsorcjum JB nie wskazało w treści oferty rzeczywistego podwykonawcy była możliwa do ustalenia na wcześniejszym etapie, t.j. na etapie wyboru oferty z dnia 1 października 2018 r., zatem od dnia 1 października 2018 r. należy liczyć dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania, wskazany w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który upływał w dniu 11 października 2018 r.

W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 20 listopada 2018 r. uznać należy za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu. Okoliczność na którą powołał się Odwołujący niewątpliwie można było ustalić na wcześniejszym etapie a powoływanie się przez Odwołującego na pismo procesowe złożone na rozprawie w dniu 6 listopada 2018 r. jest jedynie próbą przywrócenia terminu na wniesienie odwołania. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że okoliczność ta jest

okolicznością nową, której nie można było ustalić na etapie czynności wyboru oferty – poprzez stosowną weryfikację złożonych ofert w postępowaniu. Nie może również uzasadniać ponownego rozstrzygnięcia przez Izbę, sytuacja w której Odwołujący powołuje się na nowe dowody – na okoliczność która niewątpliwie mogła być kwestionowana w związku z dokonaną przez Zamawiającego czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 1 października 2018 r., a których Odwołujący nie przedstawił Izbie na poprzednio prowadzonych w tej sprawie rozprawach. Za czynnik uzasadniający ponowne rozstrzygnięcie przez Izbę niniejszych okoliczności nie może być zatem uznane niewykazanie postawionych zarzutów (niepodołanie ciężarowi dowodowemu) oraz powołanie się na pismo procesowe składane w toku rozprawy. To na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania okoliczności stanowiących podstawę wniesionego odwołania, a wskazane przez Odwołującego okoliczności mogły być – wobec ustalonego stanu faktycznego – przedmiotem rozpoznania na wcześniejszym etapie postępowania. Niemniej jednak nawet gdyby uznać rozumowanie Odwołującego za zasadne, to termin ten rozpocząłby swój bieg w dniu powzięcia informacji stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, co w tym przypadku jak potwierdził Odwołujący miało miejsce w dniu 6 listopada 2018 r., zatem termin na wniesienie odwołania upłynąłby w dniu 16 listopada 2018 r. nie zaś jak twierdził Odwołujący w dniu 25 listopada 2018 r. Wobec tego odwołanie wniesione w dniu 20 listopada 2018 r. należy uznać za wniesione po terminie.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 20 listopada 2018 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje konicznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Zatem odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2018 r. jest odwołaniem wniesionym z naruszeniem przepisu ustawy i podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy Pzp.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....