

POSTANOWIENIE

z dnia 26 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 26 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 r. przez wykonawcę **ESE Sp. z o.o., ul. Postępu 21, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Eko-Region Sp. z o.o., ul. Bawełniana 18, 97-400 Bełchatów**

przy udziale wykonawcy **Contenur Polska Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 18, 39-300 Mielec**, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ESE Sp. z o.o., ul. Postępu 21, 02-676 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ESE Sp. z o.o., ul. Postępu 21, 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020), 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

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Eko-Region Sp. z o.o. z Belchatowa (dalej „zamawiający”) na dostawę fabrycznie nowych pojemników plastikowych (Pojemniki plastikowe 2020) wykonawca ESE Sp. z o.o. z Warszawy (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. zaniechania dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w zadaniu nr 2 oraz zaniechania poinformowania odwołującego o wynikach postępowania w zadaniu nr 2, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej, pomimo uprzedniego unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w postępowaniu dla zadania nr 1 oraz zadania nr 2,
2. czynności zawarcia umowy o zamówienie publiczne w postępowaniu w zadaniu nr 2, pomimo zaniechania dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert w zadaniu nr 2 oraz zaniechania poinformowania odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2, pomimo uprzedniego unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu dla zadania nr 2.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej ustawa Pzp]:

1. art. 7 ust. 1, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasad równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości,
2. art. 7 ust. 3, poprzez wybór wykonawcy w zadania nr 2 niezgodnie z przepisami ustawy Pzp,
3. art. 92 ust. 1, poprzez zaniechanie poinformowania wykonawców, w tym odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadania nr 2,
4. art. 94 ust. 1, poprzez zawarcie umowy i tym samym zakończenie postępowania pomimo braku poinformowania wykonawców, w tym odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadania nr 2 i zaniechanie zachowania (jako konsekwencja) terminu 10 dni od dnia zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpoznanie oraz uwzględnienie odwołania oraz o unieważnienie zawartej przez zamawiającego umowy z wykonawcą w zadaniu nr 2, ewentualnie o unieważnienie zawartej przez zamawiającego umowy w zadaniu nr 2 w zakresie zobowiązań niewykonanych na zasadach określonych przepisami ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby, na podstawie akt sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 1406/21 oraz KIO 560/21, w tym dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nadesłanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 24 maja 2021 r., ustalił, co następuje.

Odwołanie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 r. w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach, którego zamawiający zawiadomił o czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w zadaniach nr 1 i 2 w dniu 12 lutego 2021 r. – w żadnym z zadań zamawiający nie dokonał wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej (*Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty* – pismo zamawiającego z dnia 12 lutego 2021 r.).

Od czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w obu zadaniach 22 lutego 2021 r. odwołujący złożył odwołanie – sygn. akt KIO 560/21 (*Odwołanie* – pismo z dnia 22 lutego 2021 r.), które zamawiający w całości uwzględnił (*Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie* – pismo z dnia 3 marca 2021 r.). Uwzględniając odwołanie zamawiający oświadczył: *„Zamawiający unieważni czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w przedmiotowym Postępowaniu – w zadaniu nr 1 oraz Zadaniu nr 2, a w konsekwencji dokona ponownej czynności badania i oceny ofert oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie, wskazanego na wstępie, zamówienia publicznego”*

8 marca 2021 r., wobec uwzględnienia odwołania sprzeciw (*Sprzeciw* – pismo z dnia 8 marca 2021 r.) wniósł obecny przystępujący, który także w sprawie o sygn. akt KIO 560/21 zgłosił skutecznie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (jako uczestnika postępowania odwoławczego obecnego przystępującego wskazano w orzeczeniu w sprawie o sygn. akt KIO 560/21 jak niżej).

9 marca 2021 r. odwołujący cofnął odwołanie, a Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 560/21 (*Cofnięcie odwołania* – pismo z dnia 9 marca 2021 r., Postanowienie z dnia 11 marca 2021 r.).

12 kwietnia 2021 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 (*Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty* – pismo zamawiającego z dnia 12 kwietnia 2021 r.).

30 kwietnia 2021 r., odpowiadając na pismo obecnego odwołującego z dnia 26 kwietnia 2021 r., zamawiający przesłał oczekiwane przez odwołującego dokumenty. Zamawiający oświadczył: *„EKO-REGION sp. z o.o. (...) w związku z pismem otrzymanym w dniu 26.04.2021 r. dostarcza Państwu kopię dokumentów wskazanych w Państwa piśmie, czyli po uwzględnieniu w całości wniesionego odwołania oraz unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu na (...)”* (Pismo zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2021 r.).

Jak wskazał sam odwołujący (str. 5 odwołania, pkt 1.10) z przekazanych przez zamawiającego dokumentów wynikało, że zamawiający „nie dokonał żadnych czynności ponowionych” (w zadaniu nr 2), „a jedynie poinformował wykonawcę Contenur Polska sp. z o.o. pismem z dnia 22 marca 2021 r. o dacie podpisania umowy i taką umowę zawarł w dniu 26 marca 2021 r.” (Pismo zamawiającego z dnia 22 marca 2021 r. oraz ww. umowa)

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosował przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa nPzp”], ponieważ zostało ono wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 10 maja 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu publicznym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 4 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 237-582841.

W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy nPzp do postępowania odwoławczego przystąpienie skutecznie zgłosił wykonawca Contenur Polska Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 18, 39-300 Mielec.

Skład orzekający Izby na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego dokonał czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdził, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3) ustawy nPzp.

Zgodnie z tym przepisem „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...) 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie”.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a ustawy nPzp, który to przepis ma zastosowanie w przedmiotowej sprawie, 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 (jak w przedmiotowej sprawie).

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zadaniu nr 2 nie doszło do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, o której to czynności zamawiający zawiadomił odwołującego 12 lutego 2021 r.

Wbrew twierdzeniu odwołującego (str. 4 odwołania, pkt 1.5) zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 marca 2021 r. nie oświadczył, że unieważnia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych, a jedynie – jak trafnie podniósł przystępujący w swoim zgłoszeniu z dnia 14 maja 2021 r. – zapowiedział, że dokonana takich czynności (nie oświadczył, że *"unieważnił czynności wyboru"*, ale *"unieważni czynności wyboru"*).

Do wykonania zapowiedzianej czynności w zadaniu nr 2 nie doszło – zamawiający nie dokonał tego w wyniku oceny własnej, że pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej był wadliwy (do czego miał prawo), nie był także zobowiązany – wobec cofnięcia odwołania – do wykonania zapowiedzianej czynności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2. Jak bowiem trafnie podniósł przystępujący w swoim zgłoszeniu z dnia 14 maja 2021 r. – zgodnie z art. 520 ust. 2 ustawy nPzp *"Cofnięcie odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby"*, co uniemożliwia rozpoznanie odwołania (i obliguje do umorzenia postępowania odwoławczego).

Nie można także mówić o potwierdzeniu przez zamawiającego w piśmie z dnia 30 kwietnia 2021 r. czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2 skoro 26 marca 2021 r. zamawiający zawarł z wybranym 12 lutego 2021 r. z wykonawcą (przystępującym) umowę. Uznać można wyłącznie, że o zadaniu nr 2 w piśmie zamawiającego z 30 kwietnia 2021 r. mowa w kontekście dostarczanych kopii dokumentów, a nie unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w tej części; zamawiający użył liczby pojedynczej, nie stosując poprawnie przymiotnika – zamiast *"po (...) unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu"* wskazał *"po (...) unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszych oferty w postępowaniu"*.

Uwzględniając powyższe, stwierdzić należy, że odwołujący otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2 w dniu 12 lutego 2021 r. wobec czego dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania upłynął 22 lutego 2021 r. Tymczasem odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dopiero 10 maja 2021 r.

W tym stanie rzeczy skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie wniesione zostało z uchybieniem ustawowemu terminowi określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a ustawy nPzp wobec czego odrzuciła odwołanie na podstawie art. 528 pkt 3) ustawy nPzp, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 553 zdanie drugie ustawy nPzp.

Zgodnie z art. 529 ust. 1 ustawy nPzp „Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym”.

Mając na uwadze powyższe, postanowiono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 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).

Przewodniczący: