

POSTANOWIENIE
z dnia 19 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Robert Skrzyszewski

Bartosz Stankiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 19 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Aqua-MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider) oraz B. B., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Kilbud B. B. z siedzibą dla lidera: ul. Karola Olszewskiego 21, 25-663 Kielce** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Jastków, Panieńszczyzna, ul. Chmielowa 3, 21-002 Jastków**

przy udziale wykonawcy **S. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: P.W. „S.” S. S., Halinówka 14A, 24-204 Wojciechów**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Aqua-MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider) oraz B. B., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Kilbud B. B. z siedzibą dla lidera: ul. Karola Olszewskiego 21, 25-663 Kielce** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego 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 Gminę Jastków, Panieńszczyzna, ul. Chmielowa 3, 21-002 Jastków (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę i modernizację Oczyszczalni Ścieków w Snopkowie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Aqua-MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider) oraz B. B., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe Kilbud B. B. z siedzibą dla lidera: ul. Karola Olszewskiego 21, 25-663 Kielce (dalej odwołujący”) złożyli odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 23 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”) w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 4 i w zw. z art. 46 ust. 4a i 5 tejże ustawy, poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż brak wskazania w treści gwarancji wadialnych wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nie zapewnia skutecznej funkcji gwarancyjnej i realizacji celu wadium oraz oznacza brak zabezpieczenia oferty wadium, co winno skutkować wykluczeniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego z powodu niewniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert i uznanie ofert tych wykonawców za odrzucone, podczas gdy z żadnego przepisu prawa powszechnie obowiązującego dla skuteczności gwarancji nie wynika wymóg wskazania w treści ubezpieczeniowych gwarancji wadialnych wszystkich członków konsorcjum,
2. art. 370 k.c. w zw. z art. 70³§ 3 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), poprzez ich niezastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i pominięcie zasad odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w świetle których wykonawcy ci odpowiadają solidarnie za zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, co powoduje, iż realizacja uprawnień zamawiającego z gwarancji wadialnej, w której treści wskazano wyłącznie jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, jest w pełni zabezpieczona,
3. art. 380 § 1 k.c. w zw. z art. 14 i w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), poprzez ich niezastosowanie i pominięcie niepodzielności charakteru świadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w związku z ich łącznym udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co

spowodowało błędne uznanie, że gwarancja wadialna w której treści wskazano wyłącznie jednego z członków konsorcjum nie zabezpiecza interesów zamawiającego w przypadku ziszczenia się przesłanek zatrzymania wadium.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, unieważnienie czynności zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego oraz o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa nPzp”].

Ogłoszenie o zamówieniu, którego dotyczy odwołanie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 listopada 2020 r. pod nr 608364-N-2020 (tzw. zamówienie podprogowe).

Skład orzekający Izby ustalił, iż zamawiający przekazał kopię odwołania innym wykonawcom w dniu 27 stycznia 2021 r. (pocztą elektroniczną).

W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy nPzp do postępowania odwoławczego przystąpienie skutecznie zgłosił wykonawca S. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: P.W. „S.” S. S., Halinówka 14A, 24-204 Wojciechów.

Ponadto skład orzekający Izby ustalił, iż zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty w dniu 21 stycznia 2021 r. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (pocztą elektroniczną). Taką samą datę powzięcia przez odwołującego informacji o odrzuceniu jego oferty wskazano w treści odwołania (str. 3).

Odwołanie zostało nadane przez odwołującego w dniu 26 stycznia 2021 r. w placówce pocztowej (data stempla pocztowego na kopercie), natomiast doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2021 r.

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 odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy nPzp, który to przepis ma zastosowanie w przedmiotowej sprawie (tzw. zamówienie podprogowe), 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 została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Odwołujący otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty w dniu 21 stycznia 2021 r., wobec czego pięciodniowy termin na wniesienie odwołania upływał 26 stycznia 2021 r. Tymczasem odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dopiero trzy dni później, w dniu 29 stycznia 2021 r.

Skład orzekający Izby wskazuje, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego nie jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Dla zachowania terminu na wniesienie odwołania nie ma znaczenia data stempla pocztowego. Podkreślić należy, iż w ustawie nPzp nie zawarto przepisów, które wskazywałyby, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe jest równoznaczne z jego wniesieniem; taką regulację przewidziano wyłącznie w odniesieniu do skargi na orzeczenie Izby (por. art. 580 ust. 2 zdanie drugie ustawy nPzp).

W orzecznictwie Izby wydanym na gruncie art. 180 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) jednolicie wskazywano, iż dopiero doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oznacza jego wniesienie. Powyższa zasada nie zmieniła się na gruncie aktualnie obowiązującego art. 514 ust. 1 ustawy nPzp.

W tym stanie rzeczy Skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie wniesione zostało z uchybieniem ustawowemu terminowi określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2 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, Izba postanowiła 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:

.....

.....