

**Sygn. akt: KIO 1824/22**

**POSTANOWIENIE  
z dnia 14 lipca 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 14 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2022 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „A. P. i Spółka” Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Dąbrowa Górnicza,**

przy udziale wykonawcy **Częstobud Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. odrzuca odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „A. P.i Spółka” Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia 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 z późn. 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

Zamawiający – Gmina Dąbrowa Górnicza – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Roboty budowlane związane z termomodernizacją budynku Zespołu Szkół nr 4 wraz z dostosowaniem do obowiązujących przepisów przeciwpożarowych, dobudową windy, zagospodarowaniem terenu oraz instalacjami w tym instalacją wewnętrzną gazu w ramach zadania „Termomodernizacja ZS nr 4 oraz budynku przy ul. Łączna 35 w Dąbrowie”*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 lutego 2022 r. pod nr 2022/S 030-073336.

W dniu 11 lipca 2022 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „A. P. i Spółka” Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 135 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez nieudzielenie wyjaśnień treści SWZ, które były kluczowe dla rozumienia warunków stawianych przez Zamawiającego w postępowaniu, co spowodowało brak możliwości złożenia przez wszystkich wykonawców dających się porównać ofert,
- 2) art. 99 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez nieprecyzyjne sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w kryterium 4.2 „Doświadczenie Kierownika Budowy (DKB)”, co do którego na zadawany szereg pytań Zamawiający nie udzielił odpowiedzi lub udzielił nieprecyzyjnych, co spowodowało niemożność przygotowania poprawnych i dających się porównać ofert,
- 3) art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp w związku z art. 457 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy zachodziły przesłanki do unieważnienia postępowania w związku z niemożliwością konwalidacji czynności udzielenia wyjaśnień treści SWZ w sposób rzetelny i pełny z uwagi na upływ ustawowo wskazanego okresu w jakim jest to możliwe, co powoduje, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wszystkich czynności w postępowaniu, z wyborem najkorzystniejszej oferty włącznie oraz nakazanie wykonania czynności unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że publikacja SWZ nastąpiła 11 lutego 2022 r., a 14 marca 2022r. Zamawiający na stronie prowadzonego postępowania opublikował treść pytań zadawanych przez wykonawców oraz udzielone odpowiedzi na nie. Po analizie udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi Odwołujący stwierdził, że nie została udzielona odpowiedź na zadane przez niego kluczowe dla prawidłowego złożenia oferty pytanie dot. kryterium 4.2 „Doświadczenie Kierownika Budowy (DKB)”. Odwołujący podniósł, że Zamawiający w postępowaniu otrzymał kilkanaście wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, które zostały skierowane niezależnie przez kilku wykonawców. Na zadawane kilkakrotnie pytania o numerach 1, 2, 3, 8, 10.2, 12.1, 12.2 Zamawiający nie udzielił jednak odpowiedzi, kierując wykonawców wyłącznie do treści odpowiedzi udzielonej na pytanie nr 13. Zapytanie nr 13, skierowane do Zamawiającego oraz pozostałe pytania wskazywały wyraźnie, że zdaniem wykonawców istnieje rozbieżność w zapisach SWZ, która sprawiła, że opis przedmiotu zamówienia jest dla wykonawców niejasny i nieprecyzyjny. Zamawiający w udzielonych odpowiedziach nie wyjaśnił zaistniałych rozbieżności i nie doprecyzował treść dokumentacji, tym samym pozostała ona niewyjaśniona.

Dalej Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób się niejasny i nieprecyzyjny, a Zamawiający z własnej inicjatywy nie dokonał żadnej korekty powodującej jego poprawę i dostosowanie do zapisów art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji Odwołujący podniósł, że jeśli Zamawiający przeoczył niektóre wnioski i nie wyjaśnił poruszanych kwestii, wówczas powinien unieważnić postępowanie unieważnić. W niniejszym postępowaniu, mimo że pozostały po nieudzieleniu odpowiedzi na wnioski niezgodności w zapisach SWZ, Zamawiający pozostał wobec nich bierny i dalej prowadził postępowanie mimo, że już od momentu opublikowania odpowiedzi z brakami było ono obarczone wadą ze względu na naruszenie podstawowych nawet zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Ww. przepis stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Stosownie do art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Wskazać należy, że wykonawca, który twierdzi, że opublikowana przez Zamawiającego SWZ zawiera postanowienia niezgodne z przepisami ustawy, powinien wnieść odwołanie wobec treści tego dokumentu w terminie liczonym od daty jego publikacji, stosownie do art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Jeżeli natomiast przedmiotem zaskarżenia jest sposób udzielenia wyjaśnień do SWZ albo nowa treść SWZ nadana przez Zamawiającego tymi wyjaśnieniami, odwołanie powinno być wniesione – zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp – w terminie liczonym od daty opublikowania udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień.

Skoro w rozpoznawanej sprawie Odwołujący twierdzi, że w SWZ od początku istniała rozbieżność powodująca, że opis warunków udziału w postępowaniu był dla wykonawców niejasny i nieprecyzyjny, co mają potwierdzać skierowane do Zamawiającego pytania, to powinien wnieść odwołanie wobec postanowień tego dokumentu w terminie 10 od jego publikacji, tj. do 21 lutego 2022 r. (na marginesie wskazać należy, że zarzuty odwołania odnoszą się do opisu warunków udziału w postępowaniu, nie zaś – jak to określił Odwołujący – opisu przedmiotu zamówienia). Niezasadne jest w takiej sytuacji oczekiwanie na udzielenie przez Zamawiającego wyjaśnień i wniesienie odwołania dopiero w sytuacji, gdy wyjaśnienia nie usuną dostrzeżonych już w pierwotnej treści SWZ wad.

Przyjmując jednak nawet korzystnie dla wykonawcy, że odwołanie mogło być wniesione dopiero po udzieleniu przez Zamawiającego wyjaśnień (przy czym co do zasady mogło tak być w sytuacji, gdy przedmiotem odwołania jest nowa treść SWZ określona w tych wyjaśnieniach albo gdy sposób udzielenia wyjaśnień narusza przepisy prawa), to termin na wniesienie odwołania rozpoczął swój bieg 14 marca 2022 r. i upłynął 24 marca 2022 r.

Nie ma natomiast żadnych podstaw twierdzić, że termin na wniesienie odwołania obejmującego zarzuty podniesione w przedmiotowej sprawie rozpoczął swój bieg w dniu poinformowania wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołanie wniesione w tym terminie jest oczywiście spóźnione.

Oceny tej w żaden sposób nie zmienia fakt, że w odwołaniu podniesiony został zarzut unieważnienia postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zauważenia wymaga, że zarzut ten ma charakter wynikowy i jest wywodzony z nieprawidłowego sformułowania treści SWZ oraz nieprawidłowego udzielenia czy też nieudzielenia wyjaśnień do SWZ, co powinno zostać zaskarżone na wcześniejszym etapie postępowania. Zaniechanie takiego zaskarżenia we właściwym terminie, a następnie wniesienie odwołania po wyborze oferty najkorzystniejszej, z powołaniem się na wadę postępowania, należy uznać za niedopuszczalne.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 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 kosztami postępowania Odwołującego.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym, na podstawie art. 529 ust. 1 ustawy Pzp.

**Przewodniczący:** .....