

sygn. akt: KIO 1230/20

POSTANOWIENIE
z dnia 7 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Członkowie: Ernest Klauziński

Marek Koleśnikow

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania odwoławczego w dniu 7 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2020 r. przez Odwołującego – Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie, przy udziale wykonawcy ASSECO Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. odrzucić odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Odwołującego i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do treści art. 198a i art. 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t. ze 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.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na dostawę bezzałogowych systemów powietrznych (BSP) klasy mikro”, zwane dalej „Postępowaniem”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 4 grudnia 2018 r., pod nr. 2018/S 233-533641.

25 maja 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, za którą uznał ofertę wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej „Wykonawca A”).

4 czerwca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie wykonawcy Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych w Warszawie, w którym zaskarżono czynność polegającą na nieuprawnionym wezwaniu uczestników Postępowania do ponownego przeprowadzenia sprawdzeń weryfikacyjnych, co doprowadziło do wyboru oferty Wykonawcy A jako najkorzystniejszej oraz zaniechaniu oceny ofert zgodnie z Pzp, co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy A.

Zamawiającemu zarzucono:

1. nieuprawnione wezwanie wykonawców do powtórnego przeprowadzenia sprawdzeń weryfikacyjnych bez skutecznego wskazania podstawy prawnej takiego żądania, co mogło prowadzić do złożenia „nowej” oferty oraz zaniechania wezwania Wykonawców do złożenia wyjaśnień zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 1 Pzp;
2. naruszenie art. 87 ust 1 Pzp, polegające na niedopuszczalnym prowadzeniu między Zamawiającym a Wykonawcą A negocjacji, dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści;

3. naruszenie art. 25 i 26 Pzp przez niezgodne z przepisami ustawy wzywanie uczestników Postępowania do złożenia sprawozdań z powtórnego przeprowadzenia sprawdzeń weryfikacyjnych pomimo bezspornych okoliczności, że przywołany dokument jest kwalifikowanym dokumentem przedmiotowym, tj. stanowi kryterium oceny ofert i jako taki stanowi treść oferty oraz, że Zamawiający nie przewidział możliwości wzywania do ponownego składania tego dokumentu ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ, zaś przywołany dokument nie został wskazany w katalogu § 13 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126), zwanego dalej „Rozporządzeniem”;
4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust 1 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy A, mimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
5. naruszenie art. 131l ust.1 pkt 1 w zw. z art. 131k Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy A, mimo negatywnego wyniku sprawdzeń weryfikacyjnych oferowanych przez tego wykonawcę zestawu;
6. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie, przejawiające się w prowadzeniu Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz niezgodne z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
7. naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp przez jego niezastosowanie, przejawiające się w możliwości udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp;
8. naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 131k Pzp przez jego niezastosowanie, przejawiające się w niewybraniu najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp argumentując, że ze względu na wartość zamówienia odwołanie przysługiwało od każdej czynności Zamawiającego. Podkreślił, że wezwanie do przygotowania i ponownego przeprowadzenia sprawdzeń weryfikacyjnych, stanowiące podstawę odwołania, przekazane zostało wszystkim uczestnikom Postępowania w dniu 6 maja 2020 r. za pośrednictwem operatora pocztowego oraz przy użyciu faksu. W terminie

określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. do dnia 18.05.2020 r. Odwołujący nie wniósł odwołania na powyższą czynność Zamawiającego do czego miał prawo na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp. W konsekwencji odwołanie należy uznać za spóźnione, tj. wniesione po upływie terminu określonego w Pzp.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca A, który poparł wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Wykonawcy A do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że 14 kwietnia 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy A, a następnie, w dniu 28 kwietnia 2020 r., wybór ten unieważnił i przystąpił do ponownego badania i oceny ofert, w tym sprawdzeń weryfikacyjnych, o których mowa w części XXIV ust. 6 SIWZ, o czym poinformował Odwołującego i Wykonawcę A pismem z 28 kwietnia 2020 r.

Następnie, 6 maja 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego i Wykonawcę A do powtórzenia sprawdzeń weryfikacyjnych, w których Zamawiający stwierdził niedopatrzienia w trakcie ich realizacji, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

W dniu 13 maja 2020 r. przeprowadzono powtórzone sprawdzenia weryfikacyjne z Wykonawcą A, natomiast Odwołujący – pismem z 8 maja 2020 r. – poinformował Zamawiającego, że „nie widzi zasadności merytorycznej ani podstawy formalno-prawnej wezwania na obecnym etapie postępowania Wykonawcy do przygotowania i ponownego przeprowadzenia sprawdzeń weryfikacyjnych”.

25 maja 2020 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty Wykonawcy A.

Izba zważyła, że odwołanie podlega odrzuceniu, jako wniesione po upływie terminu określonego w Pzp, tj. na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zauważyć należy, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego o wartości powyżej tzw. progów unijnych (wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp), w przeciwieństwie do postępowań o wartości niższej od tych progów, ustawodawca nie przewidział zamkniętego katalogu czynności, od których można złożyć odwołanie (por. przepis art. 180 ust. 2 Pzp). Oznacza to,

że co do zasady dopuszczalne jest zaskarżenie każdej czynności zamawiającego, o której wykonawca został poinformowany lub o której wykonawca uzyskał wiadomość lub przy zachowaniu należytej staranności mógł uzyskać wiadomość. Terminy na skorzystanie ze środków ochrony prawnej w powyższych okolicznościach określają, odpowiednio, przepisy art. 182 ust. 1 pkt 1 i 3 Pzp. Co istotne, terminy te mają charakter zawity, co oznacza że po ich bezskutecznym upływie wykonawca bezpowrotnie traci możliwość wzruszenia czynności zamawiającego, które godzą w jego interesy.

Systematyka odwołania wskazuje, że punktem wyjścia do zaskarżenia czynności Zamawiającego polegającej na powtórnym wyborze oferty Wykonawcy A było wezwanie do powtórzenia sprawdzeń weryfikacyjnych otrzymane przez wykonawców biorących udział w Postępowaniu w dniu 6 maja 2020 r. *Ergo* przy uwzględnieniu 10-dniowego terminu wynikającego z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz zasady wynikającej z art. 185 ust. 8 Pzp koniec terminu na wniesienie odwołania od tej czynności Zamawiającego przypadał na dzień 18 maja 2020 r., podczas gdy Odwołujący skorzystał ze środka ochrony prawnej dopiero 4 czerwca 2020 r. Do tego czasu Odwołujący ograniczał się do prowadzenia z Zamawiającym pisemnej polemiki w przedmiocie zasadności powtórzenia sprawdzeń weryfikacyjnych.

Pozostałe zarzuty odwołania związane z samym przebiegiem powtórzonych sprawdzeń weryfikacyjnych z udziałem Wykonawcy A i wyborem jego oferty stanowiły li tylko konsekwencję podjęcia przez Zamawiającego czynności, której – jak wspomniano – termin zaskarżenia upłynął bezskutecznie. Tym samym Izba uznała, że także i w tym zakresie twierdzenia i żądania Odwołującego są spóźnione. Wniosek taki uzasadnia dodatkowo okoliczność, na którą zwrócił uwagę Wykonawca A w zgłoszonym przystąpieniu, że zarzuty dotyczące rzekomo przebiegu powtórzonych sprawdzeń weryfikacyjnych odnoszą się *de facto* do oceny pierwotnie przeprowadzonych testów, którą Zamawiający wyraził w protokole sprawdzeń weryfikacyjnych oraz informacji o wyniku sprawdzeń z dnia 14 kwietnia 2020 r.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji postanowienia) Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....