

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 8 marca 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 8 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum firm: EKO-SAM BIS Sp. z o.o., RDF Sp. z o.o. ul. Dobra 12, 05-306 Jakubów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Halinów, ul. Spółdzielcza 1, 05-074 Halinów,**

**postanawia:**

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum firm: EKO-SAM BIS Sp. z o.o., RDF Sp. z o.o. ul. Dobra 12, 05-306 Jakubów,** i:
  - 2.1. 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 zamówienie - **Konsorcjum firm: EKO-SAM BIS Sp. z o.o., RDF Sp. z o.o. ul. Dobra 12, 05-306 Jakubów** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum firm: EKO-SAM BIS Sp. z o.o., RDF Sp. z o.o. ul. Dobra 12, 05-306 Jakubów** na rzecz zamawiającego: **Gmina Halinów, ul. Spółdzielcza 1, 05-074 Halinów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty poniesione na wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze 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 Halinów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w granicach administracyjnych gminy Halinów”. Wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S 206-587897 w dniu 25 października 2022 r.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie- Konsorcjum firm: EKO-SAM BIS Sp. z o.o., RDF sp. z o.o. z siedzibą w Jakubowie, na podstawie art. 513 pkt. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), wnieśli odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego oraz dokonania wyboru oferty wykonawcy J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z., z siedzibą w Woli Duckiej, podczas gdy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu - warunku doświadczenia, podczas gdy warunek ten został przez Odwołującego spełniony,
2. art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. podczas gdy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert,
3. art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonaniu wyboru oferty wykonawcy, która w świetle kryteriów oceny ofert nie jest ofertą najkorzystniejszą oraz bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego,

a w przypadku, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu nr 1 Odwołujący zarzucił dodatkowo naruszenie:

3. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych - wykazu usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (warunku doświadczenia).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1/ unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2/ dokonania ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty

Odwołującego,

3/ ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu usług na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia.

Wykonawca, J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe LEKARO J. Z. z siedzibą w Woli Duckiej, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgłoszenie ww. przystąpienia nastąpiło w dniu 28 lutego 2023 r., tj. w czwartym dniu od dnia przesłania przez Zamawiającego drogą elektroniczną do wykonawcy kopii odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia, co zgodnie z dokumentacją postępowania nastąpiło w dniu 24 lutego 2023 r. Izba zważyła przy tym, że zgłaszający przystąpienie wykonawca nie wykazał i nie uprawdopodobnił nawet okoliczności, że powyższego pisma od Zamawiającego nie otrzymał w dniu 24 lutego 2023 r. W tych okolicznościach należało uznać, że przystąpienie zostało zgłoszone nieskutecznie – tj. po upływie ustawowego terminu określonego w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, - 3 dni od dnia otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania.

W toku posiedzenia Zamawiający złożył wniosek o odrzucenie odwołania, jako wniesionego z uchybieniem terminu określonego w ustawie Pzp. Zamawiający podniósł, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego została dokonana przez Zamawiającego w dniu 30 stycznia 2023 r. wraz z czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej. W dniu 2 lutego 2023 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej podjętą w dniu 30 stycznia 2023 r. i wezwał wykonawcę, którego oferta znajdowała się wówczas na 1 pozycji w rankingu ofert, do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający podniósł, że na skutek unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający nie dokonywał żadnych nowych czynności w stosunku do oferty Odwołującego. Wobec powyższego, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący powinien wnieść odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty w terminie 10 dni, licząc od dnia 30 stycznia 2023 r. tj. do dnia 9 lutego 2023 r.

**W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesione z uchybieniem terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, Izba jest zobowiązana odrzucić odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się:

1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie:

a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,

b) 15 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a.

Ze względu na wartość przedmiotowego zamówienia i sposób przekazania przez Zamawiającego informacji o czynności, stanowiącej podstawę wniesienia odwołania, w przedmiotowym postępowaniu do wnoszenia odwołań zastosowanie ma przepis art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp. Powyższy przepis dotyczy terminów na wnoszenie odwołań wobec czynności zamawiającego, do których wykonania zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp i o których zamawiający ma ustawowy obowiązek zawiadomić każdego wykonawcę biorącego udział w postępowaniu.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty i wyborze oferty J. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. w dniu 30 stycznia 2023 r.

Informacja powyższa z dnia 30 stycznia 2023 r. dotyczyła dwóch odrębnych czynności, tj. czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Pomimo, że informacje o obu czynnościach zostały zawarte w jednym piśmie, to nie budzi żadnych wątpliwości fakt, że Zamawiający dokonał dwóch czynności, które są czynnościami odrębnymi i wobec każdej z nich przysługuje wykonawcy prawo wniesienia odrębnego odwołania.

W dniu 2 lutego 2023 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 30 stycznia 2023 r. podając uzasadnienie tej czynności. Z uzasadnienia zawartego w piśmie z dnia 2 lutego 2023 r. jednoznacznie wynika, że Zamawiający dokonał unieważnienia jedynie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i w tym zakresie zapowiedział powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Zamawiający jednoznacznie wskazał w powyższym piśmie: „Zamawiający dokonał wyboru czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu pomijając czynność wezwania do złożenia podmiotowych

środków dowodowych. Kierując się zasadami udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 16 i 17 ustawy Zamawiający dokona ponownej oceny ofert oraz dokona wyboru najkorzystniejszej oferty w terminach przewidzianych w ustawie”. Zatem, czynność unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 2 lutego 2023 r. nie dotyczyła czynności odrzucenia oferty Odwołującego, która to czynność stała się tym samym ostateczna po upływie 10 – dniowego terminu na wniesienie odwołania wobec tej czynności.

Ponowny wybór przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej nastąpił w dniu 14 lutego 2023 r. W zawiadomieniu o tej czynności Zamawiający zawarł, co prawda, również informację o odrzuceniu oferty Odwołującego, jednak informacja ta miała znaczenie jedynie porządkowe. Nie ma podstaw do uznania, że w okresie pomiędzy dniem 2 lutego 2023 r. a dniem 14 lutego 2023 r. Zamawiający dokonywał ponownie badania i oceny oferty Odwołującego, ponieważ w tym zakresie Zamawiający nie dokonywał żadnych nowych czynności. Podkreślić także należy, że skoro Zamawiający nie unieważnił czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 30 stycznia 2023 r., to nie miał podstaw by podejmować nową decyzję w tym zakresie. Żadne nowe okoliczności, które mogły mieć wpływ lub miały wpływ na ocenę oferty Odwołującego od dnia 30 stycznia 2023 r. nie wystąpiły.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty w dniu 23 lutego 2023 r., podczas gdy jak wynika z okoliczności sprawy, ustawowy 10 – dniowy termin na wniesienie odwołania wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, należy liczyć w danym stanie faktycznym od dnia 30 stycznia 2023 r. Termin ten upłynął w dniu 9 lutego 2023 r. Izba wzięła przy tym pod uwagę, że zarzuty dotyczące czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w konsekwencji również są spóźnione, gdyż nie mają samodzielnej podstawy faktycznej i samodzielnego statusu w odwołaniu, a zostały podniesione jedynie w konsekwencji zarzutów dotyczących podstaw odrzucenia oferty Odwołującego. Argumentacja przedstawiona w odwołaniu dotyczy wyłącznie sposobu oceny oferty Odwołującego w kontekście czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp, zgodnie z którym, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, że Odwołujący nie sformułował w odwołaniu żadnych zarzutów o charakterze samodzielnym wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 14 lutego 2023 r.

Reasumując, z powyższych względów Izba orzekła o odrzuceniu odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 zdanie drugie ustawy Pzp oraz na podstawie art. 529 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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. poz. 2437). Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty poniesione przez Zamawiającego na wynagrodzenie pełnomocnika na podstawie przedłożonej faktury.

**Przewodniczący:** .....