

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 20 marca 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 20 marca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2018 roku przez wykonawcę **CEZ ESCO Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 61, 00-697 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kamień Pomorski, ul. Stary Rynek 1, 72-400 Kamień Pomorski**

**orzeka:**

- 1. odrzuca odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę CEZ ESCO Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 61, 00-697 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę CEZ ESCO Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 61, 00-697 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 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 Szczecinie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Kamień Pomorski wraz z zapewnieniem finansowania” o nr ref. PIGK.271.113.2017., prowadzonym przez Gminę Kamień Pomorski, ul. Stary Rynek 1, 72-400 Kamień Pomorski (dalej „zamawiający”) wykonawca CEZ ESCO Polska Sp. z o. o., Al. Jerozolimskie 61 00-697 Warszawa (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec wykluczenia go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”] w zw. z art. 24 ust. 4 tej ustawy ze względu na to, iż odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 26 ust. 2 i 3, poprzez odmowę pozytywnego rozpatrzenia uzasadnionego okolicznościami obiektywnymi wniosku odwołującego o przedłużenie terminu na złożenie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp i błędne wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
2. art. 85 ust. 2, poprzez niezgodne z przepisami wezwanie odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą w terminie późniejszym niż trzy dni przed upływem obowiązującego terminu związania ofertą,
3. art. 22a ust. 6, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego ELKON BIS Zakład Instalatorstwa Elektrycznego Błażej Grzeszczak (dalej „ELKON BIS”) innym podmiotem lub zobowiązania się do osobistego wykonania części zamówienia, która planowana była do powierzenia temu podmiotowi w sytuacji opisanej hipotezą tego przepisu,
4. art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, poprzez wykluczenie odwołującego z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
5. art. 46 ust. 4a, poprzez błędną interpretację okoliczności faktycznych sprawy i dokonanie zatrzymania wadium w sytuacji, gdy odwołujący nie dostarczył dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu mimo, iż odwołujący działał w dobrej wierze, a brak możliwości złożenia wymaganego dokumentu wynikał z przyczyn nie leżących po jego stronie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i zatrzymania wadium,
2. dokonania na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp czynności wezwania odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego ELKON BIS innym podmiotem lub zobowiązania się do osobistego wykonania części zamówienia, która planowana była do powierzenia temu podmiotowi.

Odwołanie w formie pisemnej wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 marca 2018 roku – *presentata* na odwołaniu (wpływ bezpośredni).

Na podstawie dokumentacji postępowania, doręczonej przez zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej w kopii potwierdzonej „za zgodność z oryginałem” w dniu 16 marca 2018 roku (przy piśmie z dnia 15 marca 2018 roku) skład orzekający Izby dodatkowo ustalił i zważył, co następuje:

1. ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 grudnia 2017 roku pod numerem 635459-N-2017 (numer ogłoszenia wskazał także odwołujący w odwołaniu) – jest to tzw. postępowanie podprogowe, tj. takie, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp,
2. informacja o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu i zatrzymaniu wadium została przesłana przez zamawiającego odwołującemu pismem z dnia 27 lutego 2018 roku w tym samym dniu, tj. 27 lutego 2017 roku za pośrednictwem operatora publicznego – poz. 1 strony z pocztowej książki nadawczej Urzędu Miejskiego w Kamieniu Pomorskim (adresatem jest odwołujący, nr przesyłki: (00)259007734557188045),
3. ww. informacja została doręczona odwołującemu w dniu 2 marca 2018 roku – w dokumentacji postępowania znajduje się tzw. „zwrotka”, datę doręczenia wskazał także odwołujący w odwołaniu (str. 3).

Pismem z dnia 16 marca 2018 roku (w aktach sprawy) zamawiający podniósł, że odwołanie zostało wniesione po terminie i wniósł o „*wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania przez terminem planowanej rozprawy*”.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie w postępowaniu, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji – jeżeli zostały przesłane w inny sposób niż określony w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, tj. w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Zamawiający przesłał informację o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu i zatrzymaniu wadium w dniu 27 lutego 2018 roku listem poleconym za zwrotnym potwierdzeniem odbioru, wobec czego dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania upłynął 9 marca 2018 roku.

Tymczasem odwołanie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej po tym terminie, tj. 12 marca 2018 roku, a zatem zostało wniesione z uchybieniem ustawowego terminu, co skutkuje obowiązkiem jego odrzucenia przez skład orzekający Izby na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity i nie podlega przywróceniu.

Uchybienie terminowi powoduje wygaśnięcie prawa do wniesienia odwołania.

W odwołaniu w uzasadnieniu zachowania terminu do wniesienia odwołania wskazano: *„Pismo w sprawie decyzji Zamawiającego w przedmiocie wykluczenia Odwołującego z Postępowania i zatrzymania wadium zostało podpisane w dniu 27 lutego 2018 r. zaś doręczone Odwołującemu za pośrednictwem operatora pocztowego w dniu 2 marca 2018 r. Począwszy od tej daty rozpoczął bieg terminu na wniesienie odwołania na czynność Zamawiającego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Termin ten, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wynosi 10 dni od daty doręczenia Odwołującemu zawiadomienia o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę odwołania w sposób inny niż wskazany w art. 180 ust. 5 zd. 2 p.z.p.”* (str. 3, drugi akapit odwołania).

Zauważenia w związku z powyższym wymaga, że odwołujący błędnie – wbrew przepisowi art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako początek biegu terminu na wniesienie odwołania przyjął datę doręczenia mu informacji (zamiast daty jej przesłania).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp postanowienie wydano po przeprowadzeniu posiedzenia niejawnego bez udziału stron.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także w oparciu o § 3 pkt 1) lit. a) 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. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....