

Sygn. akt: KIO 3320/22

POSTANOWIENIE

z dnia 22 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Anna Osiecka-Baran**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 22 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Elektrotechnicznych i Handlowych Elto Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie**

przy udziale wykonawcy **Elpie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **iKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **SPRINT Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuć odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciążyć wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Elektrotechnicznych i Handlowych Elto Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Elektrotechnicznych i Handlowych Elto Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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

Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Bieżące utrzymanie i konserwacja urządzeń ulicznych sygnalizacji świetlnych na terenie miasta Lublin – II części*. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

W dniu 12 grudnia 2022 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Elektrotechnicznych i Handlowych Elto Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, dalej „Odwołujący”, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 135 ust. 2 i 3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami i zmianami SWZ niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia ofert, w tym wyjaśnieniami zmieniającymi SWZ;
- 2) art. 137 ust. 6 w zw. z art. 131 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty po dokonaniu istotnych dla sporządzenia oferty zmiany treści SWZ;
- 3) art. 222 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie zmiany terminu otwarcia ofert jako konsekwencji konieczności zmiany terminu składania ofert;
- 4) art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 137 ust. 4, 5 i 6 w zw. z art. 90 ust. 1 oraz z art. 88 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania przetargowego, pomimo zaistnienia obligatoryjnej przesłanki uzasadniającej podjęcie takiej czynności, tj. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na jednoczesnym wprowadzeniu w treści załącznika do SWZ, stanowiącego wzór umowy, zmiany istotnej dla sporządzenia oferty, a także wymagającej od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie z jej treścią i przygotowanie ofert oraz zaniechaniu przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się z wprowadzanymi zmianami i przygotowaniem oferty, która to czynność, jak i czynność zmiany opisu przedmiotu zamówienia uwzględnionego w treści ogłoszenia wymagały wprowadzenia

zmiany w treści ogłoszenia o zamówieniu, a która jednocześnie nie mogła zostać w oznaczonym terminie opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, przy czym jednocześnie Zamawiający nie mógł jej opublikować na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności otwarcia ofert oraz unieważnienia postępowania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, iż Zamawiający przekazał kopię odwołania innym wykonawcom w dniu 13 grudnia 2022 r. W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Elpie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, a po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca iKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie oraz wykonawca SPRINT Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie.

Ponadto, Izba ustaliła, iż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 209-596549 w dniu 28 października 2022 r. Dalej, Izba ustaliła, że pierwotny termin składania ofert został wyznaczony na 29 listopada 2022 r. Pismem z dnia 10 listopada 2022 r. Zamawiający zmienił termin składania ofert na 30 listopada 2022 r. Pismem z dnia 28 listopada 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie i dokonał modyfikacji postanowienia wzoru umowy, przy czym termin składania ofert pozostawił niezmienny. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 30 listopada 2022 r.

Izba na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu 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. Stosownie do art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, który to przepis ma zastosowanie w przedmiotowej sprawie, 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.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej informacje stanowiące podstawę uzasadnienia faktycznego postawionych zarzutów, wniesionego w dniu 12 grudnia 2022 r. odwołania, mogły być formułowane przez Odwołującego od dnia 28 listopada 2022 r., tj. od dnia publikacji odpowiedzi na pytanie i modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia, przy równoczesnym zaniechaniu wydłużenia terminu składania ofert.

W ocenie Izby zarzuty jakie w odwołaniu postawił Odwołujący są spóźnione, bowiem są to zarzuty, które mógł zgłosić w terminie 10 dni od dnia publikacji przez Zamawiającego na stronie internetowej pisma z dnia 28 listopada 2022 r. Jeśli Odwołujący miał wątpliwości co do postanowień specyfikacji warunków zamówienia zmienionych przez Zamawiającego w dniu 28 listopada 2022 r., winien był po publikacji tejże informacji wnieść odwołanie wobec zmienionej treści specyfikacji warunków zamówienia oraz zaniechaniu wydłużenia terminu składania ofert. Skoro jednak Odwołujący z możliwości tej nie skorzystał, to jego zarzuty odnoszące się *de facto* wyłącznie do zaniechania zmiany terminu składania ofert w dniu 28 listopada 2022 r. należy uznać za spóźnione.

Okoliczność, że Odwołujący, zamiast wniesienia odwołania wobec braku przedłużenia terminu składania ofert, w chwili opublikowania pisma z dnia 28 listopada 2022 r. na stronie internetowej Zamawiającego, dopiero obecnie występuje z odwołaniem, skarżąc czynność Zamawiającego w postaci zaniechania wydłużenia terminu do składania ofert, nie uzasadnia „przywrócenia” terminu do kwestionowania zaniechania wydłużenia terminu do składania ofert. Treść modyfikacji i braku wydłużenia terminu do składania ofert znana była uczestnikom postępowania od dnia udostępnienia dokumentu w dniu 28 listopada 2022 r.

Zarzutem spóźnionym jest również zarzut odnoszący się do unieważnienia postępowania, gdyż jest on konsekwencją kwestionowania przez Odwołującego zaniechania wydłużenia terminu składania ofert.

Reasumując, o zaniechaniu Zamawiającego, tj. o braku przesunięcia terminu składania ofert pomimo dokonanej zmiany specyfikacji warunków zamówienia Odwołujący dowiedział się w dniu 28 listopada 2022 r. Zatem, termin na złożenie odwołania upłynął w dniu 8 grudnia 2022 r., co oznacza, że odwołanie złożone przez Odwołującego w dniu 12 grudnia 2022 r. podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3) ustawy Pzp.

Podkreślić należy, że terminy na wniesienie odwołania są terminami zawitymi (art. 515 ustawy Pzp), a ich dochowanie ma kluczowe znaczenie dla kwestionowania decyzji Zamawiającego. Z drugiej strony, tak przyjęte przez prawodawcę terminy na wniesienie odwołania (w tym przypadku 10 dni od czynności Zamawiającego) oraz ich stanowczy (prekluzyjny) charakter mają na celu sprawne prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynajdywanie zarzutów, w odniesieniu do informacji zawartych w dokumentach zamówienia znanych od listopada, w wyniku niezadawalającego wyniku postępowania Zamawiającego mogłoby doprowadzić do paraliżu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego też, aby Zamawiający mogli udzielać zamówień, a wykonawcy kwestionować ich decyzje ustawodawca określił terminy na te czynności, jak również przewidział ustawowe przesłanki odrzucenia odwołania, gdy podmiot składający

odwołanie działa w sposób niemieszczący się w regulacjach ustawowych.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie wniesione zostało z uchybieniem ustawowemu terminowi określone w art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 553 zdanie drugie ustawy Pzp. Zgodnie z art. 529 ust. 1 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Pzp 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: