

Sygn. akt: KIO 3495/22

POSTANOWIENIE
z dnia 11 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 11 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2022 r. przez wykonawcę K.C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe „UNO” K.C.

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Gryfice

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 406 zł 30 gr (słownie: czterysta sześć złotych trzydzieści groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie;
 - 2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 406 zł 30 gr (słownie: czterysta sześć złotych trzydzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie.

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:

Sygn. akt: KIO 3495/22

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Gryfice prowadziła w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego pn.: Dzienny Dom Seniora w Gryficach „przy ul. Piłsudskiego” w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 listopada 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00459864/01.

I. W dniu 27 grudnia 2022 r. wykonawca K.C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe „UNO” K.C. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec: 1) zaniechania uwzględnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez odwołującego, 2) odrzucenia oferty odwołującego, 3) wyboru oferty innego wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz że oferta odwołującego podlega odrzuceniu ze względu na fakt, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;
2. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłowe uznanie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty innego wykonawcy, a zaniechanie wyboru oferty odwołującego, mimo że najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu ofertą jest oferta odwołującego.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, ponownej oceny niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym oferty odwołującego.

II. Zamawiający nie udzielił pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

III. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 2 stycznia 2023 r. do akt sprawy wpłynęło pismo Zamawiającego, w którym poinformował on, że odwołanie o którym w piśmie Prezesa Izby z dnia 30 grudnia 2022 r., nie zostało mu doręczone.

W dniu 4 stycznia 2023 r. do akt sprawy wpłynął wniosek zamawiającego o przesłanie kopii odwołania.

W dniu 10 stycznia 2023 r. zamawiający uzupełnił dokumentację postępowania o wezwanie wykonawców do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego (pismo z dnia 5 stycznia 2023 r).

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron zamawiający oświadczył, że kopia odwołania wpłynęła do zamawiającego, jednak z przyczyn technicznych okoliczność ta została przez niego pominięta.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do odwołania wniesionego do Izby odwołujący załączył „dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu” pocztą elektroniczną na adres: urząd@gryfice.eu.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) w rozdziale XIV zatytułowanym: „*Informacje o środkach komunikacji, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej*” zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia:

2. Komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej zgodnie z art. 61 ustawy, za pośrednictwem elektronicznej platformy zakupowej (dalej: „Platforma”) pod adresem: <https://platforma.eb2b.com.pl> lub <https://umgryfice.eb2b.com.pl/>, która spełnia wymagania opisane w art. 64 ustawy.

13. Zamawiający nie przewiduje sposobu komunikowania się z Wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej wskazanych w SWZ.

W sekcji III ogłoszenia o zamówieniu w pkt 3.5.) „Informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami - adres strony internetowej:” zamawiający wskazał:

Komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej zgodnie z art. 61 ustawy, za pośrednictwem elektronicznej platformy zakupowej (dalej: „Platforma”) pod adresem: <https://platforma.eb2b.com.pl> lub <https://umgryfice.eb2b.com.pl/>.

Z dokumentacji postępowania wynika, że w dniu 29 grudnia 2022 r. została zawarta pomiędzy zamawiającym a wykonawcą P.O. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Firma Ogólnobudowlana P.O. umowa w sprawie zamówienia publicznego na pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego pn.: Dzienny Dom Seniora w Gryficach „przy ul. Piłsudskiego” w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z przepisem art. 514 ust. 2 ustawy Pzp odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. W myśl art. 514 ust. 3 ustawy Pzp domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zgodnie z art. 528 pkt 6 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2. Zgodnie z art. 67 ustawy Pzp zamawiający zamieszcza w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub w dokumencie zamówienia wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których będzie komunikował się z wykonawcami lub uczestnikami konkursu, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej. Zgodnie z art. 281 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp SWZ zawiera: informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej.

W ocenie składu orzekającego Izby z ww. przepisów ustawy Pzp wynika, że do wypełnienia przez wykonawcę obowiązku przekazania zamawiającemu odwołania albo jego kopii (w zależności od formy, w jakiej odwołanie jest wnoszone) wystarczające jest, aby przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego

wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej – jednakże nie jakichkolwiek, lecz tych wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu oraz SWZ jako służących do komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami. Odmienną interpretację należałoby uznać za nieracjonalną, jako w sposób istotny – w szczególności w przypadku zamawiających o rozbudowanej strukturze organizacyjnej – ograniczając zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego (zamawiający musieli się upewnić przed zawarciem umowy czyli w jakikolwiek sposób przy użyciu środków komunikacji elektronicznej odwołanie albo jego kopia nie zostały mu przekazane). W niniejszej sprawie zamawiający w rozdziale XIV SWZ (pkt 2 i 13) jako wyłączny sposób komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami ustanowił platformę zakupową wskazaną w pkt 2. W związku z tym przekazanie zamawiającemu odwołania albo kopii odwołania (w niniejszej sprawie - odwołania), tak aby możliwe było uznanie, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, powinno nastąpić za pośrednictwem ww. platformy zakupowej. Odwołujący nie zastosował się do tego wymagania (przesłał „kopię” odwołania nie za pośrednictwem platformy zakupowej, lecz pocztą elektroniczną na adres: urząd@gryfice.eu – okoliczność niekwestionowana przez odwołującego). W związku z tym należało stwierdzić zaistnienie podstawy do odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 6 ustawy Pzp (odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp). Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że za wystarczające do wypełnienia obowiązku, o którym mowa w art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, należy uznać przesłanie zamawiającemu (kopii) odwołania pocztą elektroniczną na adres email zamawiającego. Adres email: urząd@gryfice.eu. podany w rozdziale I SWZ („Nazwa oraz adres zamawiającego”) nie został podany jako służący do komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami. Z ww. postanowień zawartych w rozdziale XIV pkt 2 i 13 SWZ wynika, że intencją zamawiającego było, aby komunikacja pomiędzy zamawiającym a wykonawcami odbywała się wyłącznie poprzez platformę zakupową. Zatem to platforma zakupowa powinna podlegać weryfikacji zamawiającego pod kątem tego, czy zostało wniesione odwołanie, tj. czy jest on uprawniony do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba postanowiła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 528 pkt 6 w zw. z art. 514 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 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). W ramach uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego Izba uwzględniła koszty noclegu jednego z pełnomocników, którzy stawili się na posiedzenie niejawne z udziałem stron, jako koszty dojazdu na posiedzenie. Natomiast Izba nie uwzględniła kosztów stanowiących wynagrodzenia pełnomocnika. Składając wniosek o zasądzenie tych kosztów zamawiający złożył fakturę vat wystawioną przez pełnomocnika, który nie brał udziału w sprawie. Pełnomocnik ten został jedynie wymieniony w pełnomocnictwie złożonym na posiedzeniu, jednakże nie wykonywał żadnych czynności w imieniu zamawiającego. Jednocześnie nie wykazano żadnych powiązań pomiędzy ww. pełnomocnikiem a którymkolwiek z pełnomocników, którzy stawili się na posiedzenie niejawne z udziałem stron. Wszyscy trzej pełnomocnicy zostali równolegle (odrębnie) wymienieni w złożonym dokumencie pełnomocnictwa. Zatem koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, który nie wykonywał w postępowaniu odwoławczym żadnych czynności w imieniu zamawiającego, nie mogły zostać uznane przez Izbę jako uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego (§ 5 pkt 2) ww. rozporządzenia).

Przewodniczący: