

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 28 maja 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym, bez udziału Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, w dniu 28 maja 2020 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2020 roku przez wykonawcę Climatic spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą Reguły

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Nasielsk

przy udziale wykonawcy Nafibud spółka akcyjna z siedzibą Bielsk Podlaski zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1000/20 po stronie Zamawiającego

**postanawia:**

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Climatic spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą Reguły i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Climatic spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą Reguły tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zmianami) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Ostrołęce.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Nasielsk – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych w systemie zaprojektuj i wybuduj dla budynku żłobka i przedszkola w Pieścirogach Starych*. Szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), od której mowa w art. 11 ust. 8 ustawy.

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 lutego 2020 roku pod numerem 510609-N-2020.

11 maja 2020 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1-3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy w zw. z § 4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na fakt, iż Zamawiający wbrew ciążącego na nim obowiązku niezwłocznego udostępnienia dokumentów postępowania, bez uzasadnionej przyczyny zwlekał z przekazaniem udostępnieniem żądanej przez Odwołującego dokumentacji w postaci oferty wykonawcy Nafibud spółka akcyjna (dalej: NAFIBUD) przez 8 dni od dnia otrzymania wniosku, czyli już po terminie wniesienia odwołania zgodnie z art. art. 182 ust. 1 pkt 2) ustawy, przez co Zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22d ust. 1 i 3 ustawy przez nieodrzczenie oferty złożonej przez NAFIBUD pomimo, iż Wykonawca ten nie spełnił warunków określonych w rozdziale V, pkt 5.2.3 lit. b) ppkt 5 i 10 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) przez nie wykazanie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje zawodowe;

- art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 22d ust. 1 i 3 ustawy przez nieodrzućenie oferty złożonej przez NAFIBUD pomimo, iż Wykonawca ten nie spełnił warunków określonych w rozdziale V, pkt S. | 3 5.2.3 lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) poprzez nie wykazanie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenia czynności badania i oceny ofert; wykluczenia NAFIBUD z postępowania i odrzućenie oferty złożonej przez tego Wykonawcę; dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych prawidłowych ofert złożonych w postępowaniu. Odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego wraz z kosztami zastępstwa wg norm przypisanych oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności z nich wynikające.

#### **Izba ustaliła:**

W przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w dniu 24 kwietnia 2020 roku informację o czynności Zamawiającego stanowiącą podstawę do wniesienia dowołania przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. Informację o tej czynności zawarł Zamawiający w piśmie z dnia 13 maja 2020 roku skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, załączając do pisma potwierdzenie tej czynności (załącznik nr 1). Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 24 kwietnia 2020 roku została zamieszczona na stronie BIP Nasielsk oraz przekazana drogą elektroniczną wykonawcom.

Zamawiający, działając zgodnie z art. 186 ust. 1 ustawy złożył do Prezesa Izby „Odpowiedź na odwołanie”, gdzie wniósł między innymi o odrzućenie odwołania podając, że informację o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania przesłał Odwołującemu w formie elektronicznej w dniu 24 kwietnia 2020 roku.

Odwołujący w złożonym odwołaniu (punkt VIII) wskazał, że *Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej zostało przekazane Odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 24.04.2020 r.*

Odwołujący podniósł również, że *w dniu 27.04.2020 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie oferty oraz dokumentów złożonych przez*

*NAFIBUD. Mimo licznych ponagieł telefonicznych, Zamawiający udostępnił Odwołującemu żądane dokumenty dopiero w dniu 05.05.2020 r.*

*Mając na uwadze te okoliczności Odwołujący wskazał, że w związku z powyższym wobec zwłoki Zamawiającego i przede wszystkim z uwagi na brak winy Odwołującego w uzyskaniu dokumentów przetargowych NAFIBUD uznać należy, iż niniejsze odwołanie wniesione w dniu 11.05.2020 r., mieści się w ustawowym terminie przewidzianym w art. 182 ust. 3 pkt 2) ustawy, liczonym od daty udostępnienia przez Zamawiającego w/w dokumentów, bowiem dopiero po zapoznaniu się z ofertą NAFIBUD Odwołujący powziął wiadomość, iż w toku postępowania przetargowego doszło do nieprawidłowości, skutkujących wyborem jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który nie wykazał się zdolnością techniczną i zawodową wymaganą przez Zamawiającego.*

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

**Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019, pozy. 1843 ze zm.).**

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Natomiast na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 10 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Wskazać należy, że czynności w odniesieniu do których wykonawca składa odwołanie to czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym – co w swoim odwołaniu (punkt VII) potwierdził również Odwołujący podając, że *Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej zostało przekazane Odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 24.04.2020 r.* – czynność Zamawiającego stanowiąca podstawę do wniesienia odwołania dokonana została 24 kwietnia 2020 roku, o czym bezspornie wiedział Odwołujący i co sam potwierdził.

Określone w art. 180 ust. 1 pkt 2 ustawy (oraz pozostałe podane w przepisie art. 180 ust. 1-4 ustawy) terminy do wniesienia odwołania mają charakter terminów zawitych, co oznacza, że wykonawca w tym właśnie terminie uprawniony jest do skutecznego wniesienia odwołania. Termin taki określony jest przez wskazanie początku biegu terminu – i w tym przypadku jest to czynność Zamawiającego, oraz długość biegu terminu zawitego – tj. 5 dni w rozpoznawanej sprawie. Izba wskazuje, że brak wniesienia odwołania przez Odwołującego w określonym ustawą terminie powoduje wygaśnięcie prawa do skutecznego złożenia odwołania. Wymaga podkreślenia, że terminy zawite nie podlegają przywróceniu (ich przywrócenie nie jest możliwe) jak również nie podlegają badaniu powody, które stanowiły o naruszeniu tych terminów przez Odwołującego.

Tym samym uprawnienie Odwołującego do wniesienia skutecznego odwołania w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym wygasło po upływie 5 dni od dnia przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. 5 dni po 24 kwietnia 2020 roku, co oznacza, że skutecznie odwołanie mogło zostać wniesione najpóźniej w dniu 29 kwietnia 2020 roku. Odwołanie zostało wniesione w dniu 11 maja 2020 roku, tak więc po upływie terminu zawitego na jego wniesienie. Izba wskazuje, co zostało wyartykułowane również powyżej, że powody jakie podał w odwołaniu (pkt VII) Odwołujący, które w jego ocenie stanowiły uzasadnienie wniesienia odwołania w dniu 11 maja 2020 roku nie podlegają badaniu przez Izbę.

Izba obowiązana jest do odrzucenia odwołania w przypadku zaistnienia przesłanek z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z art. 180 ust. 1 pkt 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy oraz w oparciu o przepisy § 3 ust. 1 i § 5 ust. 3 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....