

POSTANOWIENIE

z dnia 29 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 29 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2018 r. przez **Almax-Dystrybucja Sp. z o.o., Panieńszczyzna, 21-002 Jastków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Centrum Obsługi Administracji Rządowej w Warszawie, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa**

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Almax-Dystrybucja Sp. z o.o., Panieńszczyzna, 21-002 Jastków** i 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.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Centrum Obsługi Administracji Rządowej (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” na dostawę napojów bezalkoholowych na potrzeby obiektów Centrum Obsługi Administracji Rządowej, numer referencyjny postępowania: 191/2018/KR-Wł.,68/2018/ZRP oraz 48/2018/ZBR. Zamówienie zostało podzielone na części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 października 2018 r., numer 635341-N-2018.

W dniu 16 listopada 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu ofert złożonych w części trzeciej oraz o unieważnieniu postępowania w tej części z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu.

W dniu 22 listopada 2018 r. wykonawca Almax-Dystrybucja Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec odrzucenia oferty złożonej przez niego w części trzeciej postępowania, unieważnienia przez Zamawiającego postępowania w tej części oraz zaniechania wyboru jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak przeprowadzenia rzetelnego badania i oceny ofert;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 5) ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta Odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 poprzez unieważnienie postępowania.

Wskazując na powyższe, w części trzeciej postępowania Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- 2) nakazanie dokonania czynności badania i oceny ofert;
- 3) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 4) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego, poprzez zasądzenie na rzecz Odwołującego kwoty stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in. iż odrzucenie jego oferty, nie ma pokrycia w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która w żaden

sposób nie nakazywała usunięcia oferty pierwotnej, a Odwołujący wyraźnie w nazwie pliku zaznaczył, iż składa ofertę ze zmianą. Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, który uznał, że złożył ofertę wariantową, gdyż z nazwy pliku wyraźnie wynikało że jest to oferta zmieniona, dostosowana do zmian jakie Zamawiający wprowadził w dniu 23.10.2018 r., w jej treści nie zawarł jakiegokolwiek odmiennego sposobu realizacji zamówienia. Nie zostały złożone dwie oferty, lecz została złożona oferta pierwotna, a następnie „oferta zmiana”, co nie powinno skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego.

Żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 28 listopada 2018 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie oraz, w przypadku nie uwzględnienia ww. wniosku, o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, podlega odrzuceniu.

Stosownie do art. 180 ust. 4 ustawy Pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej w postaci papierowej albo w postaci elektronicznej, opatrzone odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, 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. Przepis art. 180 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, iż domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Jak wynika z akt sprawy, analizowane odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w postaci elektronicznej i zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym pełnomocnika Odwołującego. Urzędowe Poświadczenie Przedłożenia, Identyfikator Poświadczenia: ePUAP-UPP23798849 (dalej: „UPP”), jako datę doręczenia podaje datę 22 listopada 2018 r.

Z treści odwołania oraz pisma Zamawiającego z dnia 22 listopada 2018 r., sygnatura: WZP/1005/2018/PN, informacja o odrzuceniu ofert w części trzeciej postępowania oraz o unieważnieniu postępowania w tej części została przekazana wykonawcom w formie

elektronicznej w dniu 16 listopada 2018 roku. Pięciodniowy termin na wniesienie odwołania upływał zatem w dniu 21 listopada 2018 r.

Stosownie do art 61 § 2 Kodeksu cywilnego oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Przepis ten wskazuje, że ustalenie chwili doręczenia oświadczenia odbywa się przy uwzględnieniu zasady doręczenia. Dla uznania, że doręczenie faktycznie miało miejsce, nie jest jednak wystarczające wyłącznie wprowadzenie oświadczenia do systemu komunikacji elektronicznej, ponieważ stan taki nie stwarza pewności co do tego, czy rzeczywiście trafiło ono do operatora usług telekomunikacyjnych, a następnie stało się dostępne dla adresata tak, aby ten miał możliwość zapoznania się z jego treścią (V AGa 259/18 - wyrok SA Katowice z dnia 06-04-2018). Chwilą decydującą o złożeniu oświadczenia woli wyrażonego w postaci elektronicznej jest wprowadzenie go do środka komunikacji elektronicznej i to w sposób umożliwiający adresatowi zapoznanie się z jego treścią. Chodzi tu o środek komunikacji kontrolowany przez adresata, choć niekoniecznie należący do niego. Wystarczy zatem, aby wiadomość zawierająca oświadczenie woli, przesłana adresatowi drogą elektroniczną, znalazła się na serwerze właściwym dla adresata w taki sposób, aby mógł się on z nią zapoznać (post. SN z 10.12.2003 r., V CZ 127/03, OSNC 2005, Nr 1, poz. 12).

W przedmiotowym stanie faktycznym, z poświadczenia certyfikatu podpisu wygenerowanego przez ePUAP wynika, iż czas podpisania odwołania to: 21.11.2018 godz. 23:59 i 22.11.2018 godz. 00:00. Z UPP wynika, że doręczenie, a w konsekwencji możliwość zapoznanie się z treścią odwołania, było możliwe dopiero w dniu 22 listopada 2018 r., a zatem po upływie ustawowego terminu na jego wniesienie.

Termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity i jego bezskuteczny upływ powoduje wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do skorzystania z tego środka ochrony prawnej. Wykonawca jako profesjonalista, ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej, ma obowiązek podejmowania działań w odpowiednim czasie, umożliwiającym zachowanie ustawowych terminów na ich wnoszenie. W związku z tym złożenie odwołania powinno nastąpić z takim wyprzedzeniem, aby zostało ono doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej przed upływem ustawowego terminu. Dla zachowania terminu na wniesienie odwołania nie jest bowiem wystarczające nadanie odwołania przed upływem terminu, lecz koniecznym jest jego doręczenie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie.

Badanie podstaw odrzucenia odwołania jest obligatoryjną czynnością dokonywaną przez Izbę na posiedzeniu. Jeśli stwierdzone zostaną przesłanki wskazane w art. 189 ust. 2 Pzp Izba odrzuca odwołanie.

W sprawie została stwierdzona przesłanka odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten nakazuje odrzucenie odwołania, jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuciła odwołanie, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, wydanego na posiedzeniu niejawnym zgodnie z art. 189 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

