

POSTANOWIENIE
z dnia 19 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego **19 maja 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2021 roku przez **SKAMEX spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę jawną z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego z siedzibą w Poznaniu** przy udziale **Becton Dickinson Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **SKAMEX spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę jawną z siedzibą w Łodzi** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 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

Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.), (dalej: ustawa Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Strzykawki z solą – 2 pakiety asortymentowe, nr DZP/175/2020. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu 31 grudnia 2020 r. zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 255-640072. Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. r.z 2019 poz. 1843 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Natomiast do toczącego się postępowania odwoławczego, z uwagi na datę jego wszczęcia, zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), dalej jako „nowa ustawa Pzp”.

7 maja 2021 r. wykonawca SKAMEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna z siedzibą w Łodzi (dalej: Odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty Becton Dickinson Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w zakresie zadania1/pakietu 1.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty Becton Dickinson Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w zakresie zadania (pakietu) nr 1,
- 2) art. 7 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Becton Dickinson Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie zadania (pakietu) nr 1,
- 3) nakazanie ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Jak wynika z akt postępowania informacja o wniesieniu odwołania została przekazana wykonawcom 7 maja 2021 r., natomiast 10 maja 2021 r. wykonawca Becton Dickinson Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Jak wynika z pisma Zamawiającego z 13 maja 2021 r. przesłanego za pośrednictwem poczty elektronicznej tego samego dnia (w aktach sprawy), 26 kwietnia 2021 r. informacja o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania została przekazana wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. Informacja ta została wykonawcom przekazana za pośrednictwem platformy zakupowej. Powyższe zostało potwierdzone przez Odwołującego w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł odwołanie za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 7 maja 2021 r. Z treści wiadomości email wynika, że Odwołujący o godzinie 23:45 w dniu 6 maja 2021 r. podjął próbę złożenia odwołania za pośrednictwem platformy ePUAP ale z uwagi na problem techniczny polegający na niemożności dodania załączników, próba przesłania odwołania tą drogą nie powiodła się. Odwołujący załączył również link do nagrania obrazującego opisany problem. Odwołujący ponadto argumentował, że próba przesłania załączników podejmowana była na komputerze, który był wielokrotnie używany do przesyłania dokumentów przez ePUAP, w tym odwołań do KIO. Ponadto Odwołujący wyjaśnił, że podejmował próby przy użyciu różnych przeglądarek, jednak okazały się one bezskuteczne.

Wobec ustalenia na podstawie akt sprawy powyższych okoliczności, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Przepis art. 528 nowej ustawy Pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, gdyż z jednej strony art. 529 ust. 1 nowej ustawy Pzp pozwala Izbie na odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym bez udziału

stron i uczestników postępowania odwoławczego, z drugiej strony według art. 530 nowej ustawy Pzp w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, Izba kieruje sprawę na rozprawę.

Jedną z podstaw odrzucenia odwołania wynikającą z art. 528 pkt 3 nowej ustawy Pzp jest okoliczność zgodnie z którą odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Jak wynika natomiast z treści art. 515 ust. 1 pkt 1) lit a) nowej ustawy Pzp Odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy odwoławczej wskazać należy, że skoro informację o czynności będącej podstawą wniesienia odwołania Odwołujący powziął 26 kwietnia 2021 r., to 10-dniowy termin na wniesienie odwołania upłynął 6 maja 2021 r. Nie ma wątpliwości, że odwołanie zostało złożone za pośrednictwem poczty elektronicznej 7 maja 2021 r. o godz. 00:37, zatem z naruszeniem powyższego terminu na jego wniesienie.

W tym miejscu wskazać należy, że choć w obliczu problemów technicznych z ePUAP jakie mogą wystąpić w każdym czasie, czynność przesłania odwołania za pośrednictwem poczty elektronicznej z zachowaniem dla odwołania formy przewidzianej przepisami może być uznana za dopuszczalną, to powinna zostać ona wykonana z zachowaniem ustawowych terminów na wniesienie odwołania. Innymi słowy, ewentualne problemy techniczne z ePUAP nie mogą stanowić podstawy do wydłużenia terminu na wniesienie odwołania, w sytuacji gdy wykonawca ma do dyspozycji alternatywne sposoby jego wniesienia w formie wskazanej przepisami ustawy i z zachowaniem terminów w niej wskazanych. Podkreślić należy, że Odwołujący sygnalizował tylko problemy techniczne z ePUAP, nie wskazał natomiast, że również i przesłanie odwołania za pośrednictwem poczty elektronicznej w ustawowym terminie nie było możliwe.

Ponadto przypomnieć należy, że „w orzecznictwie Izby wydanym na gruncie art. 180 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) jednolicie wskazywano, iż dopiero doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oznacza jego wniesienie. Powyższa zasada nie zmieniła się na gruncie aktualnie obowiązującego art. 514 ust. 1 PrZamPubl” (vide: postanowienie z dnia 19.02.2021 r., sygn. akt KIO 309/21). Zatem dla wykazania, że termin na wniesienie odwołania został zachowany nie ma znaczenia kiedy odwołujący rozpoczął wysyłanie odwołania za pomocą ePUAP, tylko istotna jest data wpływu do Prezesa Izby. Dodatkowo skład orzekający w tej sprawie podziela stanowisko wyrażone w postanowieniu z dnia 29 listopada 2018 r., sygn.

KIO 2415/18, zgodnie z którym „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”.

Odnosząc się natomiast do nagrania znajdującego się pod linkiem wskazanym w wiadomości email, Izba wskazuje, że jego treść nie pozwala na ustalenie niczego ponad to, że została podjęta próba przesłania folderu zip przez ePUAP. W szczególności nie sposób ustalić o której godzinie wystąpił problem oraz jak długo trwał, w tym czy rzeczywiście uniemożliwił wniesienie odwołania w terminie. Jak bowiem zostało to już wskazane, w określonym przez ustawodawcę terminie Prezes Izby powinien otrzymać odwołanie, wobec czego wykonawca, który czeka z jego wniesieniem do ostatniej chwili ponosi ryzyko niedochowania terminu na wniesienie odwołania. Niemniej jednak w uzasadnionych przypadkach, jak np. awaria ePUAP, wykonawca może ratować się przesłaniem odwołania, w przewidzianej przepisami ustawy formie, za pośrednictwem poczty elektronicznej, jednak również w tym przypadku zobowiązany jest on uczynić to w terminie wskazanym w ustawie. Nie ma wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie Odwołujący wniósł odwołanie za pośrednictwem poczty elektronicznej z przekroczeniem 10-dniowego terminu na jego wniesienie, wobec czego odwołanie podlegało odrzuceniu.

Reasumując stwierdzić należy, że wobec okoliczności, iż w tym postępowaniu odwoławczym zaistniała przesłanka odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 3) ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 nowej ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 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. poz. 2437) – obciążając Odwołującego tymi kosztami w postaci uiszczanego przez niego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: