

Sygn. akt: KIO 705/20

POSTANOWIENIE
z dnia 27 kwietnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 27 kwietnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę **J. P.**, prowadzącego w **Zalesiu Wielkim działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany JAN-BUD J. P.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kobylin z siedzibą w Kobylinie**

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **J. P.**, prowadzącego w **Zalesiu Wielkim działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany JAN-BUD J. P.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **J. P.**, prowadzącego w **Zalesiu Wielkim działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany JAN-BUD J. P.** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Kobylin z siedzibą w Kobylinie, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „budowa budynku użyteczności publicznej - oświatowego: przedszkole i pomieszczenia szkoły podstawowej z biblioteką szkolną, wraz z pomieszczeniami biblioteki publicznej - ETAP I część 2.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 lutego 2020 r., poz. 512806-N-2020.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Szacunkowa wartość zamówienia wynosi 2.337.711,49 zł netto, co stanowi równowartość 547.563,18 euro, a więc nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (pismo zamawiającego z 22 kwietnia 2020 r., w aktach sprawy).

W dniu 25 marca 2020 r. zamawiający, za pośrednictwem poczty elektronicznej, zawiadomił wykonawcę J. P., prowadzącego w Zalesiu Wielkim działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany JAN-BUD J. P., zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę H. K., prowadzącego w Kobylinie działalność gospodarczą pod nazwą H. K., Wil-Bud. Odwołujący zawiadomienie to otrzymał w tym dniu poczta elektroniczną w ten sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią (wydruk dowodu nadania korespondencji pocztą elektroniczną z 25 marca 2020 r., przy piśmie zamawiającego z 10 kwietnia 2020 r., w aktach sprawy). Odwołujący w treści odwołania dodatkowo przyznał, że zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej otrzymał 25 marca 2020 r.

W dniu 2 kwietnia 2020 r., odwołujący wniósł odwołanie w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (prezentata Izby uwidoczniona na odwołaniu, w aktach sprawy).

Ww. korespondencja z odwołaniem została nadana za pośrednictwem Poczty Polskiej w dniu 30 marca 2020 r. (koperta-potwierdzenie nadania przesyłki przez Poczta Polską, w aktach sprawy).

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

Art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że *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.*

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Szacunkowa wartość zamówienia wynosi 2.337.711,49 zł netto, co stanowi równowartość 547.563,18 euro, a więc nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp przepisem § 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń urzędowi publikacji Unii Europejskiej z dnia 16 grudnia 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2450), dla robót budowlanych zamawianych przez jednostkę samorządu terytorialnego prób ten wynosi równowartość 5.350.000 euro.

Zatem, w myśl znajdującego zastosowanie dla ustalenia terminu na wniesienie odwołania w niniejszym przypadku art. 182 ust. 1 pkt 2 in initio Pzp odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Nie ulegało bowiem wątpliwości, że informacja o zaskarżonej czynności zamawiającego została odwołującemu przesłana w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie Pzp. W art. 180 ust. 5 ustawy Pzp zdanie drugie, do którego odsyła art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jest mowa o przesyłaniu korespondencji przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zamawiający informację o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania przesłał odwołującemu pocztą elektroniczną w dniu 25 marca 2020r., a więc właśnie przy pomocy środka komunikacji elektronicznej. Tym samym, pięciodniowy termin na wniesienie odwołania upływał odwołującemu w dacie 30 marca 2020 r. Natomiast odwołanie zostało wniesione do Prezesa Izby w formie pisemnej dopiero w dniu 2 kwietnia 2020 r.

Odwołujący nadał wprawdzie odwołanie za pośrednictwem Poczty Polskiej S.A. w dniu 30 marca 2020 r. Podkreślenia w tym miejscu wymaga jednak, że ustawa Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacją z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw nie wiąże żadnych skutków z nadaniem odwołania w placówce operatora wyznaczonego. Po rzeczowej nowelizacji, dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. W przepisach Prawa zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 roku brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora wyznaczonego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy Prawa

zamówień publicznych w dotychczasowym brzmieniu (sprzed nowelizacji) wyraźnie stanowiły iż „złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu” (art. 184 ust. 2 zd. drugie Prawa zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie „wniesienia odwołania” z jego doręczeniem. Potwierdzeniem słuszności powyżej zaprezentowanej interpretacji jest odmienne od regulacji dotyczącej terminu na wniesienie odwołania, uregulowanie tego terminu na wniesienie skargi do Sądu, gdzie kwestia dotrzymania terminu do wniesienia skargi na orzeczenie Izby związana jest z jej złożeniem w placówce pocztowej operatora wyznaczonego, co zostało wyraźnie w ustawie przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie Prawa zamówień publicznych po nowelizacji). Powyższe oznacza, że ustawodawca dla skutecznego wniesienia odwołania zastrzegł wyraźnie doręczenie odwołania w ustawowym terminie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Przedstawione stanowisko jest ugruntowane i prezentowane jednolicie w orzecznictwie Izby i sądów. Prawidłowość tego stanowiska potwierdza również *uchwała Sądu Najwyższego z 7 lutego 2014 r., sygn. akt II CZP 90/13*, w której stwierdził, że nie ma znaczenia dla zachowania terminu do wniesienia odwołania do Prezesa KIO okoliczność, kiedy pismo z odwołaniem zostanie złożone w placówce operatora wyznaczonego, gdyż istotna jest jedynie data wpływu odwołania do Izby.

Żadnych zmian w zakresie terminu i sposobu wniesienia odwołania do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wprowadziły również przepisy specjalne uchwalone w związku z epidemią COVID-19.

Tak więc za datę wniesienia odwołania w niniejszej sprawie należy uznać dzień 2 kwietnia 2020 r. – tj. datę wniesienia odwołania do Prezesa KIO w formie pisemnej, a nie dzień nadania odwołania na poczcie.

Alternatywnie, celem dochowania terminu, odwołujący mógł w zastrzeżonym terminie (to jest do 30 marca 2020 r.) odwołanie w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym (por. art. 180 ust. 4 ustawy Pzp), czego jednak również nie uczynił.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 2 kwietnia 2020 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2, art. 189 ust. 2 pkt 3, ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp odwołanie odrzucono na posiedzeniu niejawnym.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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 (t. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie tak Izby jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Przewodniczący: