

POSTANOWIENIE

z dnia 23 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 23 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2017 r. **przez odwołującego:** Mezon Instal Serwis Sp. z o.o. ul. Południowa 3, 62-064 Plewiska w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Kopalnia Soli "Wieliczka" S.A. ul. Park Kingi 1; 32-020 Wieliczka

z udziałem przystępującego: ENERGY SOLUTIONS Sp. z o.o. ul. Mościckiego 235; 33-100 Tarnów **po stronie zamawiającego**

postanawia:

1. odrzucić odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Mezon Instal Serwis Sp. z o.o. ul. Południowa 3, 62-064 Plewiska i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 **zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Mezon Instal Serwis Sp. z o.o. ul. Południowa 3, 62-064 Plewiska 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 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na serwis urządzeń i instalacji klimatyzacji, powietrza wentylacyjnego kopalni, zlokalizowanych przy szybie „Daniłowicz” (nr sprawy : KSW/2017/TEM/57).

Ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21.06.2017 roku Ogłoszenie nr 536027-N-2017.

Wartość przedmiotowego zamówienia została ustalona na kwotę 425.000,00 zł. co stanowi równowartość 101.798,85 euro, która to kwota nie przekracza wartości ustalonej w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 ustawy, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Według informacji zamawiającego, przekazanej w dniu 14.08.2017 roku do Krajowej Izby Odwoławczej zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przesłane wykonawcom w dniu 31 lipca 2017 roku pocztą (list wysłany) oraz pocztą elektroniczną (email) oraz informacja została zamieszczona na stronie internetowej i w siedzibie zamawiającego w tym samym dniu to jest w dniu 31 lipca 2017 roku.

Powyższe okoliczności zostały potwierdzone w złożonym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2017 roku odwołaniu za pismem z dnia 4 sierpnia 2017 roku, w którym odwołujący stwierdza:

”Zawiadomienie Zamawiającego o dokonany wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy – Energy Solutions Sp. z o.o. – zostało przekazane Odwołującemu, zarówno za pośrednictwem poczty elektronicznej (w dniu 31.07.2017 r.) oraz, również, w formie pisemnej, listem poleconym za pośrednictwem tradycyjnej Poczty Polskiej (w dniu 01 sierpnia 2017 r.). Termin na wniesienie niniejszego Odwołania, określony w art.182 ust.1 w zw. z art.14 ust.2 Ustawy Pzp - został zatem zachowany”(str. 5 pkt 3.na tej stronie odwołania).

Również dalej w odwołaniu – „Wykonawca – Mezon Instal Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Plewiskach, wiedzę w zakresie ww. zawiadomienia Zamawiającego, pozyskał - drogą korespondencji elektronicznej – w dniu 31.07.2017 r., natomiast, w formie pisemnej, listem poleconym za pośrednictwem tradycyjnej Poczty Polskiej – w dniu 01 sierpnia 2017 r.” (strona 6 akapit 6 od góry strony odwołania).

Z załączonej do akt sprawy koperty, w której przesłano pismo – odwołanie wynika, że list nadano na Poczcie Polskiej w dniu 07.08.2017 roku a z pieczęci (prezentaty) Krajowej Izby Odwoławczej na kopercie wynika, że odnotowano wpływ do Izby w dniu 10.08.2017 roku.

Ponadto z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznej przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego wynika, że odwołujący w dniu 31 lipca 2017 roku przesłał do zamawiającego potwierdzenie w sprawie - Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty – „Serwis urządzeń i instalacji klimatyzacji, powietrza wentylacyjnego kopalni, zlokalizowanych przy szybie „Daniłowicz” (nr sprawy: KSW/2017/TEM/57) o treści ”Witam, Niniejszym potwierdzam fakt otrzymania nw. Wiadomości wraz z czytelnym załącznikiem Pozdrawiam. Bernadetta Dondajewska i dane identyfikacyjne odwołującego (nazwa, adres, NIP, REGON, tel, fax, e-mail).

W tym stanie rzeczy w myśl art.182 ust.1pkt2) 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.

W związku z tym, że przedmiotowe postępowanie ma charakter podprogowy termin na wniesienie odwołania wynosi 5 dni od daty przesłania informacji w sposób opisany w art. 180 ust.5 zdanie drugie to jest „Domniemywa się, iż 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”. Z powyżej przedstawionych okoliczności w sprawie faktem bezspornym jest, że w dniu 31 lipca zamawiający wybrał formę elektroniczną powiadomienia o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania (informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty). Z kolei odwołujący potwierdził, że w tym samym dniu powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty (dnia 31 lipca 2017 r.), co ma zresztą znaczenie drugorzędne, bo do zachowania terminu wniesienia odwołania uwzględnia się datę przesłania przez zamawiającego zawiadomienia a nie datę jego doręczenia.

Z kolei w myśl przepisu art.180 ust.4 Pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej lub w postaci elektronicznej podpisanej bezpiecznym podpisem elektronicznym. Z treści tego przepisu wynika, że odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w dwóch powyżej wzmiankowanych formach.

Zarówno zamawiający jak i odwołujący wskazali, że oprócz powiadomienia pocztą elektroniczną został wysłany list za pośrednictwem operatora publicznego (Poczta Polska) i wskazali datę 31 lipca 2017 roku.

Z treści powyżej cytowanego przepisu art.182 ust.1 pkt 2) ustawy należy wywieść zasadę, że w przypadku gdy zamawiający przesyła informację zarówno pocztą elektroniczną a wówczas jest 5 dniowy termin na wniesienie odwołania i jak równocześnie przesyła informację w inny sposób (listem - forma pisemna) a wówczas jest termin 10 dniowy, to w takiej sytuacji obowiązuje wykonawcę 5 dniowy termin do wniesienia odwołania a nie termin dłuższy to jest 10 dniowy termin do wniesienia odwołania.

Znaczenie w takiej sytuacji ma użyta formuła „albo” co wskazuje na brak wyboru to jest przeciwnie jak by to miało miejsce przy użyciu formuły „lub” gdzie istnieje prawo wyboru.

Rozstrzygające znaczenie przy interpretacji zaistniałej sytuacji ma również obowiązująca w prawie zasada zachowania należytej staranności przy powzięciu wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania wynikająca z art.182 ust.3 ustawy, chociaż odnosząca się do innych czynności niż opisanych w ust.1 i ust.2 art.182 ustawy.

W tym stanie rzeczy termin na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie należy ustalić jako 5 dniowy liczony od daty przesłania informacji drogą elektroniczną (31 lipca 2017 roku) a nie 10 dniowy od daty przesłania informacji innym sposobem to jest za pośrednictwem Poczty Polskiej też od 31 lipca 2017 roku.

W konsekwencji powyższego termin ten upłynął w dniu 7 sierpnia 2017 roku i w tym dniu Prezes Izby powinien najpóźniej odnotować wpływ odwołania a co nie nastąpiło w niniejszej sprawie, ponieważ odwołanie wpłynęło w dniu 10 sierpnia 2017 roku.

Należy nadmienić, że termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 7 sierpnia 2017 roku w związku z treścią art.185 ust.7 i 8 ustawy (7.Do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o sędzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. 8. Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.). Zatem w niniejszej sprawie wniesienie odwołania do Prezesa Izby w dniu 10 sierpnia 2017 roku stanowi przekroczenie ustawowego terminu do wniesienia odwołania o trzy dni.

Należy również nadmienić, że o dotrzymaniu ustawowego terminu złożenia odwołania nie przesądza jego złożenie w placówce pocztowej operatora publicznego przez co rozumie się na terenie naszego kraju Poczta Polska, ponieważ uchylono dawniej obowiązujący przepis art. 184 ust.2 ustawy o treści "Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 5 dni od dnia

rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując jego kopię zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem do Prezesa Urzędu.” I tak ówczesny komentarz „Odwołanie, odmiennie niż protest, jest traktowane jak pismo procesowe kierowane do sądu m.in. dlatego jego złożenie w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa UZP (ust.2 zdanie drugie). Przyjęte rozwiązanie oznacza, że termin wniesienia odwołania jest zachowany, gdy odwołanie zostanie złożone w placówce pocztowej operatora publicznego najpóźniej w ostatnim dniu terminu do godz. 24.00., przy czym decyduje data stempla pocztowego. W przypadku złożenia odwołania bezpośrednio w urzędzie Prezesa UZP o zachowaniu terminu decyduje tzw. prezentata (pieczęć UZP z oznaczoną datą wpływu pisma)” – komentarz Urzędu Zamówień Publicznych Warszawa 2007 wydanie trzecie pod redakcją Tomasza Czajkowskiego str. 531 pkt 12.).

W aktualnym stanie prawnym odwołanie jest skutecznie wnoszone nie w dacie złożenia w placówce operatora publicznego tylko w dacie złożenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej (wpływ bezpośredni) lub w postaci elektronicznej, podpisane bezpiecznym podpisem elektronicznym (wpływ epuap). W niniejszej sprawie wpływ nastąpił bezpośrednio w formie pisemnej za pośrednictwem operatora publicznego Poczty Polskiej co skutkuje wniesieniem odwołania nie w dacie złożenia na poczcie tylko w dacie złożenia w kancelarii Izby. Bowiem tylko do wnoszenia skarg na orzeczenia Izby zachowano równoznaczność wniesienia do sądu przez złożenie w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 roku – Prawo pocztowe (Dz.U. 1529) - art.198 b ust.2 ustawy.

W związku z powyższym odwołanie zostało wniesione po upływie terminu do jego wniesienia zgodnie z art.182 ust.1 pkt 2) to jest z przekroczeniem 5 dniowego terminu na jego wniesienie a co skutkuje odrzuceniem odwołania na podstawie art.189 ust.2 pkt 3 ustawy jako odwołaniem wniesionym po upływie terminu określonego w ustawie.

Do postępowania odwoławczego w dniu 10.08.2017 roku skutecznie przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca wybrany, składając zgodnie z art.185 ust.3 ustawy zgłoszenie przystąpienia w terminie 3 dni od wezwania zamawiającego to jest od dnia 7 sierpnia 2017 roku.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji postanowienia.

Sygn. akt KIO 1671/17

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. i § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41 poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego kwotę 7.500,00 zł. uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: