

Sygn. akt: KIO 910/15

POSTANOWIENIE
z dnia 13 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec
Członkowie: Magdalena Rams
Ewa Sikorska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 13 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2015 r. przez wykonawcę: **S. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. O. Zakład Remontowo-Budowlany „BUDOLEX” w Ujanowicach (34-603), Ujanowice 109** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Podstawowej Opieki Zdrowotnej w Dobrej (34-646), Dobra 545**

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **S. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. O. Zakład Remontowo-Budowlany „BUDOLEX” w Ujanowicach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **S. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. O. Zakład Remontowo-Budowlany „BUDOLEX” w Ujanowicach** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Budowa windy oraz schodów zewnętrznych o konstrukcji stalowej wraz z rozbudową i przebudową fragmentu istniejącego budynku użyteczności publicznej oraz wewnętrznej instalacji elektrycznej realizowana w ramach projektu Likwidacja barier architektonicznych - podniesienie jakości życia osób niepełnosprawnych poprzez budowę windy w S.P.Z.P.O.Z w Dobrej*” zostało wszczęte przez Samodzielny Publiczny Zakład Podstawowej Opieki Zdrowotnej w Dobrej, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie z dnia 7 maja 2015 r., nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (65174-2015) w dniu 24 marca 2015 r.

Zgodnie z powołanym pismem z dnia 7 maja 2015 r., Zamawiający w dniu 27 kwietnia 2015 r. przekazał za pośrednictwem faksu wykonawcom biorącym udział w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia (w tym również Odwołującemu) informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu m.in. Odwołującego z udziału w tym postępowaniu. Zamawiający przedstawił kopię tejże informacji, na której znalazło się potwierdzenie jej doręczenia Odwołującemu w tej dacie. Fakt ten został również potwierdzony przez Odwołującego we wniesionym przez niego odwołaniu.

W dniu 4 maja 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione wykonawcą: S. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. O. Zakład Remontowo-Budowlany „BUDOLEX” w Ujanowicach, zwanego dalej Odwołującym.

W ocenie Izby odwołanie to, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

W świetle obowiązujących przepisów, to wartość zamówienia, ustalona przez Zamawiającego i upubliczniona w protokole postępowania o udzielenie zamówienia, jest, tak dla Zamawiającego, jak i dla Wykonawców, podstawą dla ustalenia zakresu prawa do wnoszenia odwołań od czynności Zamawiającego. Wartość ta warunkuje terminy,

w jakich odwołanie to można wnieść. Tak art. 180 ust. 2 i 5, jak i art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, wskazują na wartość zamówienia, jako na rozstrzygającą o zakresie prawa do wniesienia odwołania od poszczególnych czynności Zamawiającego, a także o terminach na wniesienie takiego odwołania.

Zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie Zamawiającego z dnia 7 maja 2015 r., wartość zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Zgodnie z przepisem art. 182 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, w takim przypadku, gdy informacja o czynności zamawiającego stanowiąca podstawę jego wniesienia została przesłana w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, tj. faksem (tak było w rozpoznawanej sprawie) lub drogą elektroniczną, odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w terminie 5 dni od dnia przesłania powołanej informacji stanowiącej podstawę jego wniesienia.

Z uwagi na fakt, iż ustawa Pzp nie zawiera regulacji odnoszącej się do sposobu ustalania terminów, koniecznym jest odwołanie się do przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16 poz. 93 z późn. zm.), zwanego dalej kc, tj. art. 110 i n. Zgodnie z art. 111 kc termin oznaczony w dniach kończy się upływem ostatniego dnia, przy tym jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Art. 115 kc stanowi, że jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin upływa dnia następnego, przy tym przez dni uznane ustawowo za wolne od pracy traktować należy te, na które wskazuje ustawa z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz. U. Nr 4 poz. 28). Kierując się przywołanym przepisami oraz uwzględniając fakt, iż informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia została przekazana Odwołującemu za pośrednictwem faksu w dniu 27 kwietnia 2015 r., uznać należało, że określony art. 182 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp termin 5 dni wyznaczony na doręczenie Prezesowi Izby odwołania upłynął w sobotę, 2 maja 2015 r. Ustawa z dnia 18 stycznia 1951 r. nie wskazuje na ten dzień, czy też generalnie na soboty, jako na dni wolne od pracy. Dlatego też uznać należało, iż odwołanie – doręczone Prezesowi Izby w formie pisemnej w poniedziałek, tj. w dniu 4 maja 2015 r. (prezentata na piśmie) – zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Z uwagi na fakt, że wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego i istotna dla rozstrzygnięcia w rozpoznawanej sprawie nie przekraczała kwot określonych

w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, a co za tym idzie to, że rozpoznawana sprawa nie należała do tego rodzaju spraw, do których zastosowanie znaleźć powinny przepisy ustawy stanowiące implementację prawa wspólnotowego (granice wyznacza tu wartość określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp), Izba uznała, że nie zachodziła w rozpoznawanej sprawie potrzeba zajęcia stanowiska co do istnienia, czy też jego braku, obowiązku stosowania przepisów rozporządzenia Rady nr 1182/71 z 3 czerwca 1971 r. określającego zasady mające zastosowanie do okresów, dat i terminów.

Istotne jest to, że zgodnie ze stanem prawnym właściwym do rozpoznania niniejszej sprawy, dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym było faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Izby w terminie przewidzianym w ustawie Pzp. Nie prowadzi zatem do zachowania ustawowego terminu nadanie odwołania w placówce pocztowej, czy też – jak w tym przypadku – nadanie jej w firmie kurierskiej (Pocztex). Podobnie Izba w sprawie KIO 576/14: *„Podkreślenia w tym miejscu wymaga, 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 publicznego. Po rzeczony 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 publicznego 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 ustawy Prawo 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 publicznego, 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. Prezentowane stanowisko spotkało się także z aprobatą sądów okręgowych, co znalazło odzwierciedlenie*

w następujących wyrokach: wyrok z dnia 16 września 2010 r. Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt XIX Ga 302/10, wyrok z dnia 21 września 2011 r. Sądu Okręgowego w Gorzowie Wlkp., sygn. akt V Ca 226/10, wyrok z dnia 26 listopada 2011 r. Sądu Okręgowego w Łodzi, sygn. akt X Ga 311/10. W tym miejscu celowe wydaje się odwołanie się do treści uzasadnienia wyroku wspomnianego Sądu Okręgowego w Łodzi, który przedstawił wyczerpujące rozważania dotyczące analizowanych kwestii, które w całej rozciągłości Izba podziela." Pogląd ten podzieliła Izba również w orzeczeniach wydanych w sprawach KIO 852/14 i KIO 237/15: „Stwierdzając powyższe Izba w całości podziela stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 7 lutego 2014r. sygn. akt III CZP 90/13, zgodnie z którym dla zachowania terminu na wniesienie odwołania od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma znaczenia dzień oddania odwołania w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012r. Prawo pocztowe lub w placówce pocztowe operatora świadczącego usługi pocztowe powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej”.

Wartym dostrzeżenia w tym kontekście jest również stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2014 r. III CZP 90/13: „Wymaga także uwzględnienia, że dokonana w dniu 2 grudnia 2009 r. nowelizacja Prawa zamówień publicznych jest wyrazem wdrożenia dyrektywy nr 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., zmieniającej dyrektywy Rady nr 89/665/EWG i nr 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz. UE L Nr 335, s. 31). W dyrektywie nr 2007/66/WE uporządkowano przesłanki i terminy wnoszenia środków odwoławczych, podkreślając jednocześnie, że podstawowym jej założeniem jest powszechność, szybkość i skuteczność środków odwoławczych, skierowanych na wzmocnienie zasad równości, konkurencyjności, przejrzystości oraz efektywności zamówień publicznych. W orzecznictwie zarówno Krajowej Izby Odwoławczej (por. m.in. postanowienia z dnia 9 kwietnia 2013 r., KIO 731/13, niepubl. i z dnia 4 kwietnia 2013 r., KIO 667/13, niepubl.) jak i sądów powszechnych (zob. wyroki Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 16 września 2010 r., XIX Ga 302/10, "Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze" 2011, nr 8, poz. 139, oraz Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 16 listopada 2010 r., X Ga 254/10, niepubl.) jednolicie przyjmuje się, że nie ma domniemania, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Do podobnego wniosku prowadzi analiza piśmiennictwa poświęconego zamówieniom publicznym, przy czym tylko w niektórych wypowiedziach przyjęte rozwiązanie jest poddawane krytyce jako stanowiące nadmierne ograniczenie prawa wykonawców, zwłaszcza tych, którzy mają siedzibę

poza Warszawą. W związku z tym trzeba podnieść, że współcześnie dopuszczenie w art. 180 ust. 4 Pr.z.p. wniesienia odwołania w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym zdefiniowanym w ustawie z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (jedn. tekst: Dz.U. z 2013 r., poz. 262) niweluje ewentualne niedogodności związane z wniesieniem równoważnego odwołania w formie pisemnej do Prezesa Izby.”

Podobnie Izba w orzeczeniu KIO 818/15: „Ustawodawca, mając na względzie przede wszystkim szybkość postępowania odwoławczego i związany z tym postępowaniem zakaz podpisania przez zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu zakończenia postępowania odwoławczego, a tym samym blokadę realizacji różnego rodzaju inwestycji i przedsięwzięć o charakterze publicznym, wprowadził do przepisów ustawy Pzp właśnie taką regulację, odmienną w stosunku do zasad wnoszenia skargi na orzeczenie KIO (art. 198b ust. 2 ustawy Pzp). Zabezpieczając interes wykonawców w tym względzie ustawodawca wprowadził także mechanizm umożliwiający dochowanie wskazanego terminu na zgłoszenie przystąpienia (analogicznie jak w przypadku wniesienia odwołania) poprzez wprowadzenie standardowej już i odpowiadającej wyzwaniom współczesnego obrotu gospodarczego i prawnego procedury złożenia określonej korespondencji elektronicznie, przy użyciu bezpiecznego podpisu elektronicznego, weryfikowanego za pomocą kwalifikowanego certyfikatu. Wykonawcy zatem, będąc profesjonalistami w tym obrocie, posiadają możliwość wyboru sposobu, dzięki któremu mogą skutecznie bronić swoich praw w postępowaniu odwoławczym. Z jednej strony mają wybór osobistego złożenia zgłoszenia przystąpienia (czy też odwołania) w siedzibie Izby, z drugiej strony mogą skorzystać z doręczenia pocztowego z określonym ryzykiem w tym względzie - nie doręczenia w konkretnym terminie przesyłki do Prezesa Izby, a jeszcze z innej strony mają do dyspozycji ogólnie dostępny instrument, dzięki któremu w każdej chwili i o każdej porze, bez żadnych ograniczeń i z każdego miejsca, w którym dysponują dostępem do internetu, mogą skorzystać ze swoich uprawnień w postępowaniu odwoławczym. Wyłącznie do decyzji wykonawcy pozostawiony jest sposób wykorzystania określonych ustawowo, dostępnych mu sposobów wniesienia przystąpienia (czy odwołania) do Prezesa KIO.”

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Izba uznała, iż rozpoznawane odwołanie, jako złożone po upływie terminu określonego w ustawie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Na tak dokonaną ocenę nie mógł mieć wpływu fakt, iż Zamawiający w piśmie z dnia 8 maja 2015 r. (odpowiedź na odwołanie), zawarł oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Oświadczenie Zamawiającego odnosiło się

bowiem do materii zarzutów w odwołaniu zawartych i zawierało w sobie ocenę ich słuszności. Tymczasem, aby Zamawiający mógł skutecznie wypowiedzieć się co do zasadności zarzutów podnoszonych przez Odwołującego, koniecznym jest, aby odwołanie przez Izbę rozpoznawane spełniało wszystkie warunki formalne – innymi słowy, aby nie podlegało ono odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Dopiero bowiem, gdy odwołanie nie podlega odrzuceniu, możliwym jest merytoryczne rozpoznanie przez Izbę zarzutów w tym odwołaniu zawartych. A pamiętać należy, iż oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu całości zarzutów zwalnia Izbę z obowiązku rozstrzygnięcia o ich zasadności i umożliwia umorzenie postępowania odwoławczego. Tak w jednym, jak i w drugim przypadku, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana jest jednak do zbadania z urzędu i wykluczenia spełnienia którejkolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania. Przyjęcie odmiennego stanowiska oznaczałoby uznanie, iż oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów konwaliduje braki formalne odwołania, które w przypadku nie złożenia przez Zamawiającego takiego oświadczenia, doprowadziłyby do odrzucenia odwołania. Brak podstaw, aby wywieść z przepisów ustawy Pzp wywieranie przez wniesienie odpowiedzi na odwołanie o określonej treści takich właśnie skutków proceduralnych. Pamiętać również należy, iż w przypadku uwzględnienia całości zarzutów przez Zamawiającego, przystępujący po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego wykonawca ma prawo wnieść sprzeciw (art. 186 ustawy Pzp), co z kolei zobowiązuje Izbę do merytorycznego rozpoznania odwołania pomimo uwzględnienia przez Zamawiającego całości zarzutów w odwołaniu zawartych. Niewłaściwym zatem byłoby uznanie, że fakt wniesienia przez Zamawiającego odpowiedzi na odwołanie, w której uwzględnił on w całości zarzutów przedstawione w odwołaniu, mogłoby mieć jakiegokolwiek znaczenie dla rozstrzygnięcia co do tego, czy rozpoznawane odwołanie podlega odrzuceniu.

Niejako na marginesie zauważyć też należy, że Zamawiający, który pierwotnie w sposób nieprawidłowy ustalił stan faktyczny, uznając, że zachodzą okoliczności uzasadniające podjęcie określonych działań, których dokonał, ma prawo do zweryfikowania swej błędnej decyzji. Pamiętać bowiem należy, że celem postępowania o udzielenie zamówienia jest udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W toku prowadzonej przez siebie procedury Zamawiający zobowiązany jest zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców. Kierując się tymi zasadami Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu tych wykonawców, którzy nie potwierdzili spełniania warunków opisanych w SIWZ, a także odrzucić oferty, co do których stwierdzi zaistnienie przesłanek ku takiemu działaniu. Podejmując decyzje rozstrzygające o pozbawieniu wykonawcy możliwości uzyskania

zamówienia, Zamawiający jest też zobowiązany stosować przewidziane przepisami prawa odpowiednie procedury sanacyjne, które umożliwiają uwzględnienie w ostatecznej ocenie oferty obarczone różnego rodzaju błędami lub brakami (np. 26 ust. 3 lub 4, czy też art. 87 ustawy Pzp). Uwzględniając te podstawowe zasady rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia, pamiętać również należy o tym, iż kolejno następujące po sobie czynności Zamawiającego mają w głównej mierze charakter wynikowy, są naturalnym następstwem czynności wcześniej dokonanych. Istotnym jest też to, aby czynności podejmowane przez Zamawiającego podejmowane były w oparciu o prawidłowo ustalony stan faktyczny, innymi słowy, aby ustalenia te nie były obarczone błędem. W innym przypadku może to oddziaływać na podejmowane przez Zamawiającego decyzje, a tym samym wpływać na wynik postępowania. Skład orzekający podziela w tym miejscu pogląd wyrażony w wyroku KIO 1529/11, iż Zamawiający *„winien kierować się w swoich działaniach przepisami prawa, postanowieniami SIWZ i opierać swoje działania na prawidłowo ustalonym stanie faktycznym. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy Zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa Zamawiający utrzymałby je w mocy pomimo ich oczywistej wadliwości. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsięwziętych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.”* Postępowanie odmienne byłoby nadmiernie formalistyczne i prowadziło do utrzymywania w mocy błędnie podjętych decyzji, nawet za cenę późniejszego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. A jak to już zostało wskazane wcześniej, celem postępowania o udzielenie zamówienia nie jest formalizm sam w sobie, ale wybór oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad w ustawie określonych.

Uwzględniając powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....