

POSTANOWIENIE
z dnia 20 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego **20 lutego 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **14 lutego 2017 r.**

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego TORGAN sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie projektu budowlanego zawierającego elementy projektu wykonawczego na budowę ul. koncertowej z kanalizacją deszczową w Białej Podlaskiej* (nr postępowania ZP.271.3.1.2018.IMO2)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miejska Biała Podlaska**

przy udziale wykonawcy: **MANEVO M. Ł., Ziółków** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. Odrzuca odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego TORGAN sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** 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 2017 r. poz. 1579.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie**.

Przewodniczący

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miejska Biała Podlaska prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Wykonanie projektu budowlanego zawierającego elementy projektu wykonawczego na budowę ul. koncertowej z kanalizacją deszczową w Białej Podlaskiej* (nr postępowania ZP.271.3.1.2018.IMO2). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 502439-N-2018 z 8 stycznia 2018 r. Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

14 lutego 2018 r. Odwołujący Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego TORGAN sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie {dalej również: „Torgan”} – wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MANEVO M. Ł. z Ziółkowa {dalej również: „Manevo”} zamiast odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. polegających na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2, gdyż opisany przez Manevo w wyjaśnieniach dotyczących ceny zakres rzeczowy jest mniejszy (brak wyceny dokumentacji dotyczącej oświetlenia drogowego oraz sieci kanalizacyjnej deszczowej pozostałych ulic wymienionych w SIWZ) niż wynika z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „specyfikacja”, „SIWZ”, lub „s.i.w.z.”} i wyjaśnieniach treści SIWZ z 12 stycznia 2018 r.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4, gdyż oferta Manevo zawiera rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia określonej przez Zamawiającego na 400 tys. zł (kwota przeznaczona na realizację zamówienia), co oznacza, że cena wybranej oferty stanowi 17% tej kwoty oraz stanowi jedynie 23% ceny oferty Odwołującego (następnej w kolejności pod względem ceny), a wynika z tego, że Manevo przy wycenie nie uwzględnił pełnego zakresu rzeczowego opracowań projektowych wymaganych dla zrealizowania robót budowlanych.

3. Art. 90 ust.1a pkt 3, gdyż Manovo udzieliła wyjaśnień dotyczących ceny, które są ogólnikowe i lakoniczne, nieadekwatne do wezwania Zamawiającego, nie zawierają żadnej wyceny opracowania dokumentacji, pozbawione czynników cenotwórczych oraz jakichkolwiek wartości liczbowych dotyczących cen jednostkowych poszczególnych opracowań projektowych

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Ponownego badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty Manevo na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1a pkt 3 ustawy pzp.

W ramach wykazania spełnienia przesłanek formalnych dla wniesienia odwołania Odwołujący wskazał, że informację o wyborze najkorzystniejszej oferty otrzymał 8 lutego 2018 r. Z odwołania wynika, że zdaniem Odwołującego sporządzając i nadając odwołanie listem poleconym za pośrednictwem operatora wyznaczonego 12 lutego 2018 r., zachował 5-dniowy termin przewidziany w ustawie pzp

19 lutego 2018 r. wpłynęło do Izby pismo Odwołującego (datowane na 17 lutego 2018 r.), w którym wniósł o ustalenie, że powyższe odwołanie zostało prawidłowo wniesione w terminie, o którym mowa w art. 182 ust. 3 pkt 2 pzp, tj. w terminie dwóch dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Odwołujący w uzasadnieniu zrelacjonował, że jeszcze 8 lutego 2018 r. na podstawie art. 96 ust. 1 pkt 3 pzp zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie w jego siedzibie 9 lutego 2018 r. protokołu z wyboru najkorzystniejszej oferty wraz z pełną dokumentacją uzasadniającą nieodrzucenie oferty Manovo na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp oraz art. 90 ust. 1 pkt 1 pzp. W odpowiedzi 9 lutego 2018 r. Zamawiający poinformował, że wyznacza termin na dokonanie wglądu do dokumentacji na 12 lutego 2018 r. godz. 12. Następnie Odwołujący jeszcze tego samego dnia o godz. 14 złożył w kancelarii Zamawiającego odwołanie, które o godz. 16:19 nadał listem poleconym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wywiódł, że dopiero po zapoznaniu się z udostępnioną dokumentacją stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp, co stanowiło podstawę do wniesienia odwołania w terminie zgodnym z art. 182 ust. 3 pkt 2 pzp. Odwołujący powołał się na wyrok Izby z 7 marca 2014 r. (sygn. akt 341/14) jako przesądzającego o tym, że

wobec czynności takich jak zaniechanie udostępnienia wykonawcom treści ofert konkurentów odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (art. 182 ust. 3 pkt 2 pzp).

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że przez celowe ograniczenie dostępu do dokumentacji postępowania naruszył art. 10b pzp oraz zapisy rozdziału VII pkt 1 i 4 SIWZ.

W piśmie z 15 lutego 2018 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 8 lutego 2018 r. przekazał wykonawcom drogą elektroniczną informację o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W tym samym piśmie Zamawiający podał również, że w ten sam sposób przekazał wykonawcom 14 lutego 2018 r. zawiadomienie o wniesieniu odwołania.

19 lutego 2018 r. wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej zgłoszenie przez Manevo przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu.

Art. 189 ust. 2 ustawy pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie, na mocy art. 189 ust. 4 pzp, Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu.

W tej sprawie wypełniona została przesłanka odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie pzp.

Według art. 182 ust. 1 pkt 2 pzp odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 108 ust. 5 zdanie drugie {czyli przy użyciu środków komunikacji elektronicznej} albo w terminie 10 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp.

Z kolei zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 2 pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone ust. 1 i 2 wnosi się – w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp – w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 180 ust. 4 pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej, podpisane bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu lub równoważnego środka, spełniającego wymagania dla tego rodzaju podpisu. Jednocześnie w stosunku do dawniej obowiązującego art. 184 ust. 2 pzp, dotyczącego wnoszenia odwołań do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, aktualnie obowiązujący art. 180 ust. 4 pzp nie przewiduje, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem odwołania. Ustawodawca przesądził w ten sposób o utożsamieniu wniesienia odwołania z jego doręczeniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Musiała być to świadoma i celowa decyzja ustawodawcy, skoro jednocześnie w ustawie pzp wprost zapisano, że złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego {od 1 stycznia 2013 r. operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe} jest równoznaczne z jej wniesieniem (art. 198b ust. 2 zd. 2 pzp). Tym samym nie ma – w obowiązującym już od wielu lat stanie prawnym – podstaw prawnych do uznania, że z chwilą nadania odwołania listem poleconym 12 lutego 2018 r. nastąpiło wniesienie odwołania do Prezesa Izby, gdyż faktycznie nastąpiło to dopiero z chwilą dotarcia tej korespondencji do adresata, 14 lutego 2018 r.

Zbieżne stanowisko w zbliżonych stanach faktycznych – odnośnie braku domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby – było i jest konsekwentnie prezentowane w orzecznictwie Izby, w szczególności wskazać tu można na postanowienia wydane: 1 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1279/11), 9 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1382/10), 20 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1424/10), 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1598/10), 17 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2201/11), 2 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1588/12), 4 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 667/13), 9 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 731/13), czy 8 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1562/13), jak również w orzecznictwie sądów powszechnych, por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 16 września 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 302/10) oraz Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 16 listopada 2010 r. (sygn. akt X Ga254/10)

Ponadto prawidłowość takiego stanowiska została potwierdzona przez Sąd Najwyższy, który 7 lutego 2014 r. (sygn. akt III CZP 90/13) podjął następującą uchwałę: *Do zachowania przewidzianego w art. 182 ust. 1 pkt 2 p.z.p. terminu do wniesienia 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 2012 r. Prawo pocztowe lub w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej.*

Sąd Najwyższy zwrócił m.in. uwagę, że spośród dyrektyw preferencji metod wykładni pierwszeństwo ma wykładnia językowa, a stosownie do treści art. 180 ust. 4 pzp odwołanie *wnosi się* do Prezesa Izby, co według słownika języka polskiego oznacza *przedstawienie, przedłożenie komuś coś do rozpatrzenia, załatwienia*, chodzi zatem o dotarcie odwołania do jego adresata. Z tego samego przepisu nie wynika, aby dla zachowania terminu do wniesienia odwołania miało jakiegokolwiek znaczenie oddanie odwołania w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe, czy też stosownie do zmiany wprowadzonej do art. 165 § 2 kpc ustawą z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2013 r. Nr 880) w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej. Ten rezultat wykładni językowej wzmocniają także argumenty właściwe dla wykładni systemowej, celowościowej i historycznej. W najważniejszych ustawach proceduralnych (por. poza art. 165 § 2 kpc, art. 124 kpc, art. 57 § 5 pkt 2 kpa) przyjmuje się wprawdzie, jako regułę, że nadanie pisma w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do organu, jednak w każdym z tych postępowań domniemanie to wynika wprost z treści przepisów. Tak też w ustawie regulującej zamówienia publiczne i to tylko w odniesieniu do jednego ze środków ochrony prawnej, a mianowicie do skargi na orzeczenie Izby, którą wnosi się do sądu, w art. 198b ust. 2 zdanie drugie pzp przewidziano, że wniesienie skargi w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529) jest równoznaczne z jej wniesieniem.

Odnosnie zmiany w stosunku do poprzedniego stanu prawnego Sąd Najwyższy wskazał, że metodą regulacji negatywnej ustawodawca wyłączył stosowanie tego domniemania również w drodze analogii (czy to *legis* czy *iuris*) do wniesienia odwołania. Ten zamiar ustawodawcy potwierdza uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 9 grudnia 2009 r. (druk sejmowy Sejm RP VI nr 2310). W uzasadnieniu celu tak radykalnej zmiany w systemie środków odwoławczych przewidzianych w ustawie regulującej zamówienia publiczne uwzględniono konsekwencje polegające na wydłużeniu procesu udzielania zamówień publicznych. Celem nowelizacji było zaproponowanie rozwiązań, które ograniczają ten negatywny skutek działania systemu środków ochrony prawnej.

Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę, że dokonana 2 grudnia 2009 r. nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych jest wyrazem wdrożenia dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz.UE.L Nr 335 s. 31). W dyrektywie 2007/66/WE uporządkowano przesłanki i terminy wnoszenia środków odwoławczych,

podkreślając jednocześnie, że podstawowymi jej założeniami są powszechność, szybkość i skuteczność środków odwoławczych, nakierowanych na wzmocnienie zasad równości, konkurencyjności, przejrzystości oraz efektywności zamówień publicznych.

Sąd Najwyższy podniósł również, że w dobie współczesnych środków komunikacji społecznej, powszechności urzędów do przekazywania informacji, dopuszczenie w art. 180 ust. 4 pzp wniesienia odwołania w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym zdefiniowanym w ustawie z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. z 2013 r. poz. 262) niweluje ewentualne niedogodności związane z wniesieniem równoważnego odwołania w formie pisemnej do Prezesa Izby.

Zmiana poglądów Odwołującego nie zmienia faktu, że odwołanie zostało wniesione od czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Manevo (zaniechania odrzucenia tej oferty), o czym Odwołujący został zawiadomiony drogą elektroniczną przez Zamawiającego 8 lutego 2018 r. Od tego zatem dnia należy zatem liczyć bieg 5-dniowego terminu na wniesienie odwołania od tej czynności (zaniechania odrzucenia oferty Manevo), co oznacza, że termin na wniesienie odwołania upływał 12 lutego 2018 r.

Wskazywany w późniejszym piśmie jako właściwy do obliczania terminu art. 182 ust. 3 pkt 2 pzp {przywoływane orzeczenie dotyczyło stanu faktycznego, gdzie właściwy był pkt 1} rzeczywiście znalazłby zastosowanie w sytuacji, gdyby odwołanie zostało wniesione od zaniechania przez Zamawiającego udostępnienia dokumentacji. Jednakże odwołanie wniesione 14 lutego 2018 r. nie zawiera takiego zarzutu.

Przede wszystkim w stanie faktycznym opisanym w piśmie z 17 lutego 2018 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o terminie udostępnienia dokumentacji 9 lutego 2018 r.. Oznacza to, że zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale z 28 lutego 2013 r. (sygn. akt III CZP 107/12), do obliczenia terminu na wniesienie odwołania również w tym przypadku znajduje zastosowanie art. 182 ust. 1 pkt 2 pzp. Tym samym 13 lutego 2018 r. upłynął Odwołującemu termin na zakwestionowanie opieszałości Zamawiającego w udostępnieniu dokumentacji postępowania.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że okoliczności faktyczne opisane w piśmie z 17 lutego 2018 r. świadczą o tym, że Odwołujący był w stanie niezwłocznie po zapoznaniu się z dokumentacją udostępnioną przez Zamawiającego 12 lutego 2018 r. w tym samym dniu sporządzić i wysłać odwołanie. Z uwagi na uwarunkowania faktyczne Odwołujący, który jest profesjonalnym przedsiębiorcą, powinien rozważyć, czy dla zachowania terminu nie należy wnieść odwołania drogą elektroniczną.

Wobec stwierdzenia zajścia przesłanki odrzucenia odwołania, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obowiązkowemu odrzuceniu na podstawie

art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Z tego względu, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 2 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy pzp – odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Przystępującego .

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 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 ze zm.), obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis od odwołania.

Przewodniczący: