

Sygn. akt: KIO 731/13

POSTANOWIENIE
z dnia 9 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 9 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2013 r. przez wykonawcę **Volta Communications sp. z o.o. w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Gdańsk z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M..... D..... i P..... R.....**, prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **Limes s.c. w Gdańsku**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Volta Communications sp. z o.o. w Gdańsku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Volta Communications sp. z o.o. w Gdańsku** 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 2010 r. 113, poz. 759 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający, Miasto Gdańsk z siedzibą w Gdańsku, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są usługi transmisji danych na potrzeby Urzędu Miejskiego w Gdańsku.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 marca 2013 r., pozycja 91622.

Szacunkowa wartość zamówienia wynosi 538.800,00 zł netto tj. równowartość 134.043,19 euro euro, a więc, nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (protokół postępowania, pkt 2, w dokumentacji postępowania).

W dniu 22 marca 2013 r. zamawiający, za pośrednictwem poczty elektronicznej, zawiadomił wykonawcę Volta Communications sp. z o.o. w Gdańsku, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M..... D..... i P..... R....., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Limes s.c. w Gdańsku, zwanych dalej „przystępującym”.

W dniu 27 marca 2013 r., odwołujący przesłał do Urzędu Zamówień Publicznych, za pośrednictwem poczty elektronicznej, korespondencję zatytułowaną „odwołanie” wraz z załącznikami. Korespondencja nie została przesłana za pośrednictwem skrzynki podawczej Izby udostępnionej na stronie Urzędu Zamówień Publicznych, a ponadto nie była opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

W dniu 29 marca 2013 r. (prezentata Izby uwidoczniła na odwołaniu), odwołujący wniósł odwołanie w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- a) zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez przystępującego,
- b) czynności wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej, w zakresie części I zamówienia (główne łącze internetowe).

Ww. korespondencja z odwołaniem została nadana w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 27 marca 2013 r. (koperta, w aktach sprawy).

Kopię odwołania odwołujący nadał do zamawiającego przesyłką pocztową w dniu 27 marca 2013 r. (potwierdzenie nadania przesyłki, załącznik do odwołania).

Kopię odwołania zamawiający otrzymał w dniu 28 marca 2013 r. (dokumentacja postępowania przesłana przez zamawiającego, obejmująca kopię odwołania wraz z prezentatą zamawiającego i adnotacją o wpływie z dnia 28 marca 2013 r.)

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienia w dniu 2 kwietnia 2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia M..... D..... i P..... R....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Limes s.c. w Gdańsku. Wnieśli o oddalenie odwołania.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3, art. 189 ust. 2 pkt 6, oraz art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

1.

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

W myśl znajdującego zastosowanie dla ustalenia terminu na wnoszenie 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 - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 Pzp.

Jedną z dopuszczalnych w art. 27 ust. 2 Pzp form komunikacji zamawiającego z wykonawcami jest przesyłanie informacji pocztą elektroniczną. Zamawiający informację o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania przesłał odwołującemu pocztą elektroniczną w dniu 22 marca 2013 r. Tym samym, pięciodniowy termin na wniesienie odwołania upływał w dacie 27 marca 2013 r. Natomiast odwołanie zostało wniesione do Prezesa Izby w formie pisemnej dopiero w dniu 29 marca 2013 r.

Odwołujący nadał wprawdzie odwołanie w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 27 marca 2013 r. i w tym samym dniu przesłał do Urzędu Zamówień Publicznych za pośrednictwem poczty elektronicznej korespondencję zatytułowaną „odwołanie” wraz z załącznikami. 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 rzeczonyj 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 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.

Podkreślić również należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie wiąże żadnych skutków prawnych z wniesieniem odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej za pośrednictwem dowolnej skrzynki pocztowej Urzędu czy Izby, a jedynie skrzynki podawczej Izby udostępnionej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Bezskutecznym jest również wniesienie odwołania drogą elektroniczną, które nie zostanie opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Powyższe wynika bowiem z art. 180 ust. 4 ustawy Pzp, w myśl którego odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Z kolei z § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm.) wynika, że odwołanie wnoszone drogą elektroniczną opatrzone bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu przekazuje się za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu. Zaś na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1119> wskazano jako właściwą do wnoszenia odwołań Elektroniczną Skrzynkę Podawczą, będącą częścią elektronicznej platformy usług administracji publicznej (ePuap).

Bezskuteczność wnoszenia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zwykłej drodze elektronicznej wynika również z treści § 7 przywołanego Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, zgodnie z którym korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony do Izby może być przesyłana drogą elektroniczną, jednakże nie dotyczy to wniesienia odwołania.

Stanowisko powyższe jest utrwalone w jednolitym orzecznictwie Izby (por. przykładowo postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 12 kwietnia 2011 r. wydane w sprawie o sygn. akt KIO 729/11, postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 26 kwietnia 2010 r. wydane w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 529/10).

Tak więc za datę wniesienia odwołania w niniejszej sprawie należy uznać dzień 29 marca 2013 r. – tj. datę wniesienia odwołania do Prezesa KIO w formie pisemnej, a nie dzień nadania odwołania w placówce pocztowej operatora wyznaczonego ani dzień przesłania odwołania do Urzędu Zamówień Publicznych zwykłą drogą elektroniczną.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 29 marca 2013 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.

2.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Z treści odwołania jednoznacznie wynikało, że dotyczyło ono zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez innego niż odwołujący wykonawcy, a także czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucał bowiem, że oferta złożona przez przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak również iż niezasadnie wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą. Nie kwestionował zatem czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego własnej oferty, czy też własnego wykluczenia.

Nie ulegało również wątpliwości, że szacunkowa wartość zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Powyższe wynikało z pkt 2 protokołu postępowania. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 538.800,00 zł, czyli równowartość 134.043,19 euro. Jest on zaś

jednostką samorządu terytorialnego, zaś w przypadku tego rodzaju zamawiających obowiązek przekazywania ogłoszeń dotyczących zamówień publicznych pojawia się dopiero, jeżeli wartość zamówienia przekracza kwotę 200.000 euro dla dostaw i usług (por. §1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej - Dz. U. Nr 282, poz. 1649 ze zm., wydanego na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp).

W świetle powyższego zachodziła przesłanka skutkująca koniecznością odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp wskazano, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Analiza przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ustawodawca nie przyznał środka ochrony prawnej w postaci odwołania wobec zarzucanych zamawiającemu zaniechań i czynności. Zarzuty dotyczące zaniechania czynności odrzucenia innej, niż pochodzącej od odwołującego oferty, zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, w którym jest mowa o czynności odrzucenia oferty odwołującego. Odwołanie nie służy także wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę wyżej poczynione spostrzeżenia, a także wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, koniecznym było odrzucenie odwołania. Przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp obliguje bowiem Izbę do odrzucenia odwołania, w przypadku stwierdzenia, że zachodzi którakolwiek z okoliczności tam wskazanych, co podlega weryfikacji przez Izbę z urzędu. Nie przesądzając zatem o zasadności bądź nietrafności przedstawionych w odwołaniu zarzutów i argumentacji odwołującego, odwołanie należało odrzucić w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Na marginesie Izba wskazuje, że jeśli wykonawca kwestionował zasadność zaniechania lub czynności zamawiającego, wobec których nie przysługiwało odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2, to służyło mu prawo do poinformowania zamawiającego o tej okoliczności w oparciu o przepis art. 181 ust. 1 ustawy Pzp.

3.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Powołany przepis art. 180 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, iż odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący w niniejszej sprawie zobowiązany był przesłać kopię odwołania, aby umożliwić zamawiającemu zapoznanie się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, tj. do dnia 27 marca 2013 r. Jak wyjaśniono bowiem w pkt 1 postanowienia, termin na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie upływał w tym dniu.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostował obowiązku wynikającemu z tego przepisu. Wprawdzie przesłał kopię odwołania do zamawiającego dnia 27 marca 2013 r., jednakże nastąpiło to za pośrednictwem poczty, a nie za pośrednictwem środków umożliwiających niezwłoczne zapoznanie się z przesyłaną korespondencją (faks, poczta elektroniczna). Zatem na podstawie faktu przesłania kopii odwołania przed upływem terminu na jego wniesienie drogą pocztową nie można było wyprowadzić – na zasadzie domniemania faktycznego – faktu iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania jeszcze w tym samym dniu. Oczywistym jest bowiem, że standardowe przesyłki pocztowe polecone nie są dostarczane przez Poczta Polską S.A. tego samego dnia. Nawet w przypadku przesyłek priorytetowych termin dostarczenia korespondencji do adresata przypada najczęściej w następnym dniu roboczym.

Ponadto ponieważ przesłanie kopii odwołania do zamawiającego nastąpiło za pośrednictwem poczty, a więc w inny sposób, niż wymieniony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp (faksem, pocztą elektroniczną), nie znajdowało w niniejszej sprawie zastosowania również domniemanie prawne ustanowione w art. 180 ust. 5 zd. 2 ustawy Pzp.

Wreszcie, jak wynika z dokumentacji przesłanej przez zamawiającego, przesyłkę pocztową zawierającą kopię odwołania zamawiający otrzymał dopiero w dniu 28 marca 2013r. Powyższe ustalono na podstawie kopii odwołania przesłanej przez zamawiającego wraz z dokumentacją postępowania. Kopia ta zawierała uwidocznioną prezentatę zamawiającego i adnotację jego służb o wpływie pisma w dniu 28 marca 2013 r. (l.dz. BZP/91958). Dopiero zatem z tą chwilą – a więc już po upływie terminu na wniesienie odwołania – zamawiający miał możliwość zapoznania się z treścią odwołania.

Powyższe oznacza, iż odwołujący nie uczynił zadość obowiązкови wynikającemu z przepisu art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, albowiem nie przekazał zamawiającemu kopii odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem terminu do wniesienia odwołania, tj. do 27 marca 2013 r. Zamawiający z treścią odwołania po raz pierwszy mógł zapoznać się bowiem dopiero 28 marca 2013 r.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2, art. 189 ust. 2 pkt 3, art. 189 ust. 2 pkt 6, art. 189 ust. 2 pkt 7 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 2010r. 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: