

POSTANOWIENIE
z dnia 7 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 7 marca 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Visa Handling Services S.A.R.L** z siedzibą w Paryżu, 19 rue de Ponthieu (75008 Paryż), **Capago S.A.**, 9 rue Raul Dautry, Batiment C (91190 Gif-Sur-Yvette) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego wyznaczonego – **Ambasadę Rzeczypospolitej Polskiej w Federacji Rosyjskiej**, ul. Klimaszkińska 4 (123557 Moskwa),

przy udziale wykonawcy **VF Services LLC** z siedzibą w Moskwie przy ul. Szabołowskiej 31, budynek 5 (115 162 Moskwa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Odrzuca odwołanie.**
- 2** Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Visa Handling Services S.A.R.L z siedzibą w Paryżu, Capago S.A. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Ambasada Rzeczypospolitej Polskiej w Federacji Rosyjskiej, wskazany na mocy zarządzenia nr 39 Ministra Spraw Zagranicznych do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i udzielenia zamówienia publicznego na usługi przyjmowania wniosków wizowych, prowadzi postępowanie na rzecz polskich placówek zagranicznych w Federacji Rosyjskiej, tj. Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Federacji Rosyjskiej, Konsulatu Generalnego Rzeczypospolitej Polskiej w Sankt Petersburgu, Konsulatu Generalnego Rzeczypospolitej Polskiej w Kaliningradzie, Konsulatu Generalnego Rzeczypospolitej Polskiej w Irkucku. Postępowanie to prowadzi w procedurze otwartej, jako zamówienia na usługi społeczne (nr. postępowania AMB.MOSK.741.1.2017), ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2017/S 242-504189 w dniu 16.12.2017 r.

Zamawiający prowadzi postępowanie na zasadach określonych dla zamówień na usługi społeczne określonych w dziale III, rozdział 6 Ustawy Pzp.

W dniu 26.02.2018 r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Visa Handling Services S.A.R.L. oraz Capago S.A. (sygn. akt KIO 362/18). W odwołaniu tym zakwestionowano jako niezgodne z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz zaniechaniu przekazania informacji o odrzuceniu jego oferty. Ponieważ Odwołujący miał nie być poinformowany o czynności, którą Zamawiający podjął w postępowaniu, informację stanowiącą podstawę do wniesienia informacji powziął z kopii odwołania innego wykonawcy, którego ofertę Zamawiający także odrzucił, przekazanej w dniu 16.02.2018 r. Z treści załącznika nr 5 do odwołania – „Informacja o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone” Odwołujący powziął wiedzę o czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy Pzp, co miało nastąpić w dniu 5.02.2018 r. W uzasadnieniu faktycznym wskazana została również informacja o rzekomym przesłaniu Odwołującemu w dniu 23.01.2018 r. wezwania do złożenia wyjaśnień.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziału stron w dniu 7 marca 2018 r., po przeprowadzeniu postępowania dowodowego na okoliczności podejmowanych w postępowaniu czynności, Izba stwierdziła, iż zachodziła podstawa do odrzucenia odwołania, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie (art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy), a w konsekwencji również z powodu braku przekazania zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy (art. 189.2 pkt 7 ustawy).

Izba przeprowadziła postępowanie dowodowe w celu ustalenia, czy i kiedy Zamawiający poinformował Odwołującego o czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), w pkt 6.3 określił, iż w przypadku, gdy Zamawiający lub Wykonawca będą przekazywali oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdzi fakt ich otrzymania.

W aktach sprawy złożonych przez Zamawiającego znajduje się dokument z dnia 05 lutego 2018 r. *Informacja o Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone*, zawierająca między innymi uzasadnienie prawne i faktyczne decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego się konsorcjum. W wiadomości mailowej, do której załącznikiem było pismo z dnia 5.02.2018 r., Zamawiający zawarł informację o treści: *Szanowni Państwo, W załączeniu przesyłamy zawiadomienie o odrzuceniu 2 ofert. Z poważaniem.* Potwierdzeniem przekazania informacji do Odwołującego jest wydruk z poczty elektronicznej Zamawiającego maila z dnia 5.02.2018 r. wysłany na pięć adresów, w tym na adres info@vhs-france.com wraz z załącznikiem – zawiadomienie o odrzuceniu ofert180205.pdf. Adres ten wskazany został w formularzu oferty Odwołującego str. 16, jako adres na który należy przysyłać ewentualną korespondencję.

Odwołujący do odwołania załączył korespondencję mailową jaką prowadził z firmą hostingową obsługującą domenę i mail vhs-france.com z dnia 22.02.2018 r. w celu uzyskania potwierdzenia o wysłanych e-mailach na wskazany adres info@vhs-france.com z adresu moskwa.amb.outsourcing@msz.gov.pl z dnia 23 stycznia 2018 r. i 5 lutego 2018 r. Firma hostingowo na tak postawione pytanie wskazała, iż *Dzienniki poczty są dostępne przez 1 tydzień. (Zgodnie z niemieckim prawem ochrony danych). Starsze dzienniki nie są dostępne. Jeśli potrzebujecie Państwo dalszej pomocy, proszę nie wahać się ze mną skontaktować. Zgodnie z naszą analizą informujemy, że na komputerze, na którym zainstalowano info@vhs-france.com nie otrzymano żadnych wiadomości przychodzących z adresu moskwa.amb.outsourcing@msz.gov.pl w dniu 23.01.18 i 5.02.18. Klient poczty e-mail działa prawidłowo.*

Dodatkowo Odwołujący załączył „zrzuty z ekranu” poczty elektronicznej wraz z widocznymi wiadomościami otrzymanymi w dniu 16 lutego 2018 r. z poczty elektronicznej Ambasady RP w Moskwie z godziny 13:18, 13:19, 13:21 i 13:29 zawierające załączniki.

Na posiedzeniu Zamawiający przedłożył dodatkowy dowód dotyczący korespondencji mailowej z 5.02.2018 r. zawierającej zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego, tj. zapis z logów urządzenia brzegowego z tego dnia z godziny 01:07:29 PM czasu moskiewskiego. W raporcie tym wskazany został jako nadawca: moskwa.amb.outsourcing@mzs.gov.pl, oryginalni adresaci wiadomości dotyczącej

postępowania na „usługi przyjmowania wniosków wizowych na rzecz polskich placówek zagranicznych w federacji rosyjskiej”, znak sprawy: amb.mosk.741.1.2017, rozmiar wiadomości – 894 KB zawierającej załącznik: „image001_png, zawiadomienie o odrzuceniu ofert180205.pdf” oraz szczegóły dotyczące przesyłki dostarczonej między innymi na adres info@vhs-france.com w poniedziałek, 5.02.2018 r. g. 01:07:46 PM czasu moskiewskiego.

Jak wynika z okoliczności ustalonych na podstawie przeprowadzonych dowodów z dokumentów, odwołanie dotyczy czynności odrzucenia oferty Odwołującego, o której miał być niepoinformowany. Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego, informację o czynności Zamawiającego miał powziąć z korespondencji przekazanej na adres mailowy w dniu 16.02.2018 r., a dotyczącej odwołania innego wykonawcy, do której załącznikiem była informacja o wykonawcach, których oferty Zamawiający odrzucił z dnia 05.02.2018 r. Odwołujący liczył 10-dniowy termin na wniesienia odwołania od dnia przekazania przez Zamawiającego wiadomości o wniesionym odwołaniu przekazanej na adres mailowy info@vhs-france.com w dniu 16.02.2018 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba zważyła co następuje:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte po dniu wejścia w życie nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020 i 1920), obowiązującej z dniem 28 lipca 2016 r. W związku z powyższym do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Ustawy w brzmieniu znowelizowanym.

Niniejsze postępowanie obejmuje zamówienie na usługi społeczne objęte przepisami Ustawy dział III, rozdział 6, prowadzone z zastosowaniem przepisów działu I rozdziału 2a, działu II rozdziału 5, działu V rozdział 3 oraz działu VI (art. 138l). Dział VI Ustawy poświęcony jest środkom ochrony prawnej, zatem w sprawie liczenia terminu na wniesienie odwołania znajdowały zastosowanie przepisy art. 182 Ustawy.

Izba odmiennie, niż wywiódł to Odwołujący uznała, iż właściwym dla liczenia terminu na wniesienie odwołania był przepis art. 182 ust. 1 pkt 1 Ustawy, a nie przepis art. 182 ust. 3 pkt 1 Ustawy. Nie budziło wątpliwości, iż podstawą do wniesienia odwołania była informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego, którą Zamawiający miał nie przekazać w sposób określony w art. 180 ust. 5, tj. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Odwołujący zaprzeczał, aby informację taką otrzymał od Zamawiającego wcześniej, niż w korespondencji z 16.02.2018 r. dotyczącej wniesionego odwołania innego wykonawcy, którego ofertę również Zamawiający odrzucił w dniu 05.02.2018 r. Nie budziło przy tym wątpliwości, iż informacja o wykonawcach, których oferty Zamawiający odrzucił stanowi element dokumentacji

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odnosi się do oferty Odwołującego. Faktycznie zatem spornym nie było to, że informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego została przesłana przez Zamawiającego przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, co wskazywało na sposób liczenia terminu określony w art. 182 ust. 1 pkt 1 Ustawy. Otwartym pozostawało jedynie pytanie, czy informacja ta została przesłana przez Zamawiającego w dniu 5.02.2018r., czy też 16.02.2018 r. W zależności od udzielonej odpowiedzi termin na wniesienie odwołania zakończyłby się odpowiednio w dniu 15 lub 26 lutego 2018 r. Zgodnie bowiem ze wskazaną podstawą prawną, początek terminu na wniesienie odwołania wynoszący 10 wyznacza dzień przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia.

W ocenie składu orzekającego, termin na wniesienie odwołania od niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, rozpoczął bieg w dniu 5.02.2018 r., w którym Zamawiający przekazał na adres mailowy Odwołującego informację o odrzuceniu jego oferty wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym. Przesądzającymi w tym zakresie były dowody zgłoszone przez Zamawiającego, wynikające z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz przedłożony na rozprawie wydruk z logów urządzenia brzegowego Zamawiającego, z którego dokonano wysyłki na adres wskazany w ofercie przez Odwołującego. Izba dokonała oceny wszystkich przedłożonych raportów oraz „zrzutów” z poczty elektronicznej Odwołującego i doszła do jednoznacznych wniosków, iż informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego stanowiła załącznik do wiadomości mailowej z dnia 5.02.2018 r. Przekonującymi były dowody przedłożone przez Zamawiającego, które w sposób spójny wskazywały na termin wraz z godziną (15:07 – czasu środkowoeuropejskiego / 13:07 czasu moskiewskiego), w jakim urządzenie brzegowe Zamawiającego doręczyło do serwera Odwołującego wiadomość dotyczącą przedmiotowego postępowania. Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego i takim nie mogły być wydruki z poczty elektronicznej z dnia 16.02.2018 r., kiedy to Zamawiający przekazał jedynie korespondencję związaną z odwołaniem innego Wykonawcy. Ponadto, informacja uzyskana od firmy hostingowej obsługującej domenę i mail vhs-france.com, potwierdza jedynie, że nie było możliwe uzyskanie wpisów z dziennika poczty z okresu wcześniejszego niż tydzień, czyli przed 15.02.2018 r.

Odwołanie do Izby zostało wniesione w dniu 26 lutego 2018 r., a więc po upływie terminu określonego w ustawie w art. 182 ust. 1 pkt 1., który liczony powinien być od dnia 5.02.2018 r., w którym Zamawiający przesłał na adres mailowy Odwołującego informację o odrzuceniu jego oferty.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy. W konsekwencji również kopia odwołania przekazana została do Zamawiającego z uchybieniem art. 180 ust. 5 ustawy, tj. po upływie terminu do wniesienia odwołania, co stanowi dodatkową podstawę do odrzucenia odwołania, wskazaną w art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 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 z późn. zm). Do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: