

POSTANOWIENIE

z dnia 23 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału Stron w dniu 23 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2019 r. przez wykonawcę **Baroks Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. Zielna 3, 55-200 Marcinkowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach, ul. Niechorska 27, 72-300 Gryfice** w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Dostawa zespołu komory hiperbarycznej dla SPZZOZ w Gryficach”.

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Baroks Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. Zielna 3, 55-200 Marcinkowice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach, ul. Niechorska 27, 72-300 Gryfice prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” pn.: „Dostawa zespołu komory hiperbarycznej dla SPZZOZ w Gryficach”.

W dniu 26.04.2019 r. ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2019/S 082 – 194573.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu **28 lipca 2019 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu **9 lipca 2018 r.** wykonawca Baroks Sp. z o.o. Spółka komandytowa (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec wykluczenia go z postępowania oraz wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał na wstępie odwołania, że uzyskał informację o podstawie do wniesienia odwołania w dniu **28.06.2019 r.** Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy i art. 115 k.c. 10-dniowy termin na wniesienie odwołania przypada na dzień **08.07.2016 r.** Odwołanie jest wniesione z zachowaniem terminu.

Odwołujący podniósł również, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa przytoczonych w odwołaniu może ponieść szkodę wynikającą z uniemożliwienia jego uzyskania i wykonania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia zostały dokonane bezzasadnie i niezgodnie ze stanem faktycznym i prawnym mającym miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia:

a) czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,

2) przeprowadzenia ponownego badania, czy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą powinna być uznana oferta Odwołującego.

Jak zostało wskazane w dalszej części odwołania, zdaniem Odwołującego, Zamawiający wskutek zaskarżonych czynności naruszył przepisy:

1) art. 7 ust. 1 ustawy - poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niegwarantujący uczciwej konkurencji, czego skutkiem jest bezpodstawne wykluczenie Odwołującego i unieważnienie postępowania wbrew przesłankom faktycznym mającym w nim miejsce

2) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ustawy - poprzez bezzasadne wykluczenie z postępowania, mimo że Odwołujący w oświadczeniach i dokumentach złożonych wraz z ofertą, a także w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego wykazał spełnienie warunku posiadania odpowiedniej ceny i oferty.

3) art. 91 ust. 1 ustawy - poprzez zaniechanie uznania i wyboru oferty Odwołującego, mimo że w świetle przyjętych kryteriów oceny jego oferta w pakiecie jest najkorzystniejsza,

Odwołujący wniósł również o zasądzenie i obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie z wykazem przedłożonym na rozprawie.

W dniu **10.07.2019 r.** Zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania. W dniu **11.07.2019 r.** przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **Techtronic Spółka z o.o., ul. Redłowska 52/11, 81-450 Gdynia**. Przystąpienie zostało podpisane przez p. W. C. . Wraz z przystąpieniem nie przekazano żadnych dokumentów wskazujących na umocowanie ww. osoby do reprezentowania zgłaszającego przystąpienie. Stąd też Izba powyższe zgłoszenie przystąpienia uznała za bezskuteczne.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, podlega odrzuceniu.

Stosownie do art. 180 ust. 4 ustawy Pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo w postaci elektronicznej, opatrzone odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, 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.

Izba postanowiła uznać, iż nie doszło do skutecznego wniesienia odwołania, tj. wykonawca Baroks Spółka z o.o. Spółka komandytowa w dniu 08.07.2019 r. (a więc ostatnim dniem ustawowego terminu na wniesienie odwołania) przesłał na adres poczty elektronicznej Departamentu Odwołań UZP niepodpisaną treść odwołania.

Tym samym Izba uznała, że pismo wniesione w dniu 08.07.2019 r. nie odpowiada formie przewidzianej przepisami, w szczególności przepisami ustawy Pzp oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań zgodnie z którym dla wniesienia odwołania oraz zgłoszenia przystąpienia wymagana jest forma pisemna lub elektroniczna. Przy pierwszej formie wymagane jest złożenie własnoręcznego podpisu pod oświadczeniem woli, zaś w drugim wypadku oświadczenie powinno być opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Dodatkowo do ich wniesienia konieczne jest wykorzystanie elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu (platforma ePUAP).

Zgodnie z treścią art. 180 ust. 4 ustawy Pzp Odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej lub w postaci elektronicznej, podpisane bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu lub równoważnego środka, spełniającego wymagania dla tego rodzaju podpisu.

Zgodnie z treścią art. 185 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Powyższe regulacje ustawowe przewidują, dla wniesienia odwołania oraz zgłoszenia przystąpienia, a więc dla najdonońszych czynności procesowych w ramach postępowania odwoławczego, tylko dwie możliwe formy (formę pisemną lub formę elektroniczną opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu).

Jak wyżej wskazano kwestie te regulują również przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964) zmienionego Rozporządzeniem Prezesa rady Ministrów z dnia 20 grudnia 2016 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2017 r. poz. 14). Zgodnie z jego § 5. *Odwołanie wraz z załącznikami oraz zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez*

wykonawcę, wnoszone w formie pisemnej w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, oraz dalsze pisma w sprawie wnoszone w tej postaci przekazuje się za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu. W treści § 7 wskazano zaś, że: Z wyjątkiem wniesienia odwołania oraz zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W przypadku korespondencji przesyłanej przy użyciu tych środków domniemywa się, że dzień przesłania korespondencji jest dniem doręczenia, jeżeli została ona przesłana niezwłocznie również w formie pisemnej.

W niniejszym wypadku wykonawca przekazał za pomocą poczty elektronicznej na skrzynkę Departamentu Odwołań UZP treść odwołania bez wymaganego podpisu, co powoduje, że nie mamy do czynienia ze złożeniem oświadczenia woli inicjującego postępowanie odwoławcze.

Odwołujący w piśmie przewodnim, wniesionym 08.07.2019 r. (DzK-KIO-10311/19), drogą pocztową z adresu info@baroks.pl na adres Biura Odwołań (odwolania@uzp.gov.pl) UZP wskazał, co następuje.

Ze względu na niezależne od nas trudności techniczne jesteśmy zmuszeni wybrać taką drogę komunikacji.

Mimo wielokrotnych prób przeprowadzenie procedury podpisania Odwołania przez platformę EPUAP przy pomocy kwalifikowanego podpisu elektronicznego Szafir, zakupionego u Krajowej Izby Rozliczeniowej, okazało się niemożliwe. Dlatego chcieliśmy wybrać drugą najlepszą możliwą drogę kontaktu jakim jest "Korespondencja do Krajowej Izby Odwoławczej dotycząca spraw odwoławczych", która, według informacji podanych przez KIO i EPUAP, nie wymaga certyfikowanego podpisu elektronicznego, wystarczy Podpis Zaufany. Niestety ta opcja również sprawiała trudności techniczne. W załączeniu przesyłamy zdjęcia błędów jako dowód. Równocześnie chcielibyśmy poinformować, że kontakt przez EPUAP z Zamawiającym był możliwy i w taki też sposób przesłaliśmy Zamawiającemu informację o rozpoczęciu procedury Odwoławczej, podpisując ją Podpisem Zaufanym.

Biorąc pod uwagę powyższe jesteśmy zmuszeni przesłać całą dokumentację wybierając tę drogę kontaktu.

W załączeniu znajdują Państwo wszelkie wymagane dokumenty jak również PODPISANĄ kwalifikowanym podpisem elektronicznym prawidłową wersję odwołania, której nie byliśmy w stanie podpisać przez serwis EPUAP ze względu na problem z inicjalizacją komponentu

kryptograficznego po stronie serwisu EPUAP, a sugestia żeby skontaktować się z pomocą techniczną niestety nie na wiele się w tym przypadku zdała ponieważ było już po godzinach pracy.

Pismo przewodnie również zostało podpisane kwalifikowanym certyfikatem elektronicznym.

Odwołujący jednakże nie wykazał żadnymi dowodami zaistnienia wskazanych w swoim oświadczeniu problemów technicznych na platformie ePUAP.

Takie dowody złożył jedynie w zakresie prób przesłania dokumentu na skrzynkę poczty elektronicznej Biura Odwołań UZP. W dokumentach tych pojawiły się następujące komunikaty: „Nieudane nadanie na skrytkę „UZP/DO” było opatrzone komunikatem PK: „Wymagany jest podpis kwalifikowany. ### Status podpisu: 0 (Zgodny z dokumentem)., status certyfikatu: 0 (Ważny) kwalifikowany” (kod 0). Na dole ww. dokumentu zawarta była informacja „Wszystkie podpisy prawidłowe – podpis prawidłowy – J. C. ”. W drugim dokumencie obrazujący etap podpisywania dokumentu w ramach korespondencji elektronicznej (od nadawcy J. C. do adresata Urząd Zamówień Publicznych (UZP/DO) widniał komunikat następującej treści „Wystąpił błąd z inicjacją komponentu kryptograficznego, skontaktuj się z pomocą techniczną”. Kolejne dwa dokumenty obrazujące proces nadawania na skrzynkę poczty elektronicznej UZP DO też zawierały następujący komunikat „Wystąpił błąd z inicjacją komponentu kryptograficznego, skontaktuj się z pomocą techniczną”.

Jak ustaliła Izba, Odwołujący dopiero w dniu 09.07.2019 r. (po terminie na złożenie odwołania – rejestracja DzK-KIO-10322/19), wniósł odwołanie za pośrednictwem aplikacji ePUAP podpisując ten dokument kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego ujętego w piśmie przewodnim do korespondencji z dnia 08.07.2019r., wskazać należy, że Izba, posiłkując się zasobami Biura Odwołań Urzędu Zamówień Publicznych, przeprowadziła w tym zakresie postępowanie wyjaśniające.

Izba ustaliła, co wynika z korespondencji elektronicznej z dnia 15 i 16 lipca 2019 r., że „W dniu 08.07.2019 r. platforma ePUAP oraz Profil Zaufany wykorzystywany do składania podpisu działały prawidłowo”. Obsługa techniczna Urzędu Zamówień Publicznych otrzymała taką informację z adresu epuap-pomoc@coi.gov.pl

Mając na uwadze powyższe Izba poddała ocenie zgromadzony materiał dowodowy. Na uwagę zasługuje fakt, iż Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na nieprawidłowe działanie platformy ePUAP w dniu 08.07.2019 r. (a więc w dniu decydującym o

terminowym wniesieniu odwołania). Swój wniosek oparł na własnym oświadczeniu o zaistniałych problemach technicznych. Jednakże z informacji uzyskanych od administratora platformy ePUAP wynika, że w dniu 08.07.2019 r. platforma ta oraz Profil Zaufany działały prawidłowo.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący w ostatnim dniu terminu na wniesienie odwołania nie złożył oświadczenia woli w wymaganej przepisami formie. Takie oświadczenie zostało złożone dopiero w dniu 09.07.2019 r. – a więc po upływie ustawowego terminu. Jak wynika z akt sprawy odwoławczej Zamawiający informację o wyborze oferty najkorzystniejszej przesłał wykonawcom w dniu 28.06.2019 r. - co potwierdził również Odwołujący w treści odwołania wskazując jednocześnie, że ostatnim dniem na wniesienie odwołania był dzień 08.07.2019 r.

Termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity i jego bezskuteczny upływ powoduje wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do skorzystania z tego środka ochrony prawnej. Wykonawca jako profesjonalista, ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej, ma obowiązek podejmowania działań w odpowiednim czasie, umożliwiającym zachowanie ustawowych terminów na ich wnoszenie. W związku z tym złożenie odwołania powinno nastąpić z takim wyprzedzeniem, aby zostało ono doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej przed upływem ustawowego terminu. Dla zachowania terminu na wniesienie odwołania nie jest bowiem wystarczające nadanie odwołania przed upływem terminu, lecz koniecznym jest jego doręczenie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie.

Badanie podstaw odrzucenia odwołania jest obligatoryjną czynnością dokonywaną przez Izbę na posiedzeniu. Jeśli stwierdzone zostaną przesłanki wskazane w art. 189 ust. 2 Pzp Izba odrzuca odwołanie.

W sprawie została stwierdzona przesłanka odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten nakazuje odrzucenie odwołania, jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuciła odwołanie, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, wydanego na posiedzeniu niejawnym zgodnie z art. 189 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 972).