

POSTANOWENIE
z dnia 15 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego **15 stycznia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **29 grudnia 2020 r.**

przez wykonawcę: **S. K. Firma Handlowo-Usługowa „OPTIMA”, Zebrzydowice**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania: „Przebudowa drogi powiatowej 4116S ul. Legionów w Czechowicach-Dziedzicach na odcinku od Ronda Żołnierzy do ul. Lipowskiej – etap II”* (nr postępowania ZDP.272.3.17.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Bielski z siedzibą w Bielsku-Białej**

przy udziale wykonawcy: **Biuro Inżynierskie MK sp. j. M. K., K. S. z siedzibą w Oświęcimiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża S. K. Firmę Handlowo-Usługową „OPTIMA” w Zebrzydowicach zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwolującego** 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 2019 poz. 1843 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Powiat Bielski z siedzibą w Bielsku-Białej {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) {dalej: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania: Budowa analizacji sanitarnej w miejscowościach Racula i Drzonków w Gminie Zielona Góra* (nr postępowania POiŚ/1.1/NFOŚiGW-03/K). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu 23 listopada 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 613922-N-2020. Wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

22 grudnia 2020 r. Zamawiający przekazał wykonawcom drogą elektroniczną zawiadomienie o rozstrzygnięciu powyższego postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Biuro Inżynierskie MK sp. j. M. K., K. S. z siedzibą w Oświęcimiu {dalej: „Biuro Inżynierskie MK”}.

29 grudnia 2020 r. {pismem datowanym na 23 grudnia 2020 r.} S. K. Firma Handlowo-Usługowa „OPTIMA” Zebrzydowice {dalej: „Odwolujący”} wniosła w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp przez nieuzasadnione przyznanie Biurowi Inżynierskiemu MK w kryterium doświadczenia projektanta maksymalnej liczby 30 pkt, zamiast 10 pkt. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny ofert.

Odwołanie nie zawiera informacji odnośnie daty otrzymania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jednak data, jaką zostało ono opatrzone (23 grudnia 2020 r.), a także załączone potwierdzenie przekazania w tej dacie kopii odwołania Zamawiającemu nie są sprzeczne z przesłaną do Izby przez Zamawiającego informacją, że zawiadomienie to zostało przesłane do Odwołującego 22 grudnia 2020 r. (co potwierdzają załączone wydruki korespondencji elektronicznej).

24 grudnia 2020 r. Odwołującego nadał powyższe odwołanie w placówce Poczty Polskiej w Zebrzydowicach (usługa kurierska „Pocztex”) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej {pieczęć i nalepka adresowa w aktach sprawy}.

29 grudnia 2020 r. odwołanie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej {prezentata widniejąca na nalepce adresowej i na pierwszej stronie odwołania}.

Odwołanie zostało więc wniesione do Prezesa Izby 7 dnia od otrzymania przez Odwołującego zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

Wobec ustalenia na podstawie treści złożonego odwołania oraz akt sprawy odwoławczej powyższych okoliczności, Izba zważyła, co następuje:

Art. 189 ust. 2 pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, zgodnie z przepisem art. 189 ust. 4 pzp. Jedną z podstaw odrzucenia odwołania wynikającą z przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp jest okoliczność wniesienia odwołania po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba stwierdziła zaistnienie powyższej przesłanki w rozpoznawanej sprawie.

Izba zważyła, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu wynikającego z art. 182 ust. 1 pkt 2 pzp, zgodnie z którym 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 pzp (to jest przy użyciu środków komunikacji elektronicznej) – w przypadku gdy wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 180 ust. 4 pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej lub w postaci elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu lub równoważnego środka, spełniającego wymogi dla tego rodzaju podpisu. Jednocześnie w przeciwieństwie do dawnej (przed 2009 r.) obowiązującej przepis nie przewiduje, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego {wg aktualnej nomenklatury „operatora wyznaczonego”} jest równoznaczne z wniesieniem odwołania. Ustawodawca przesądził w ten sposób o utożsamieniu wniesienia odwołania z jego doręczeniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Musiała to być 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 (Dz. U. poz. 1529) jest równoznaczne z jej wniesieniem (art. 198b ust. 2 zd. 2 pzp). Tym samym w obowiązującym już ponad 10 lat stanie prawnym nie ma podstaw prawnych do uznania, że z chwilą nadania odwołania w placówce pocztowej operatora wyznaczonego (aktualnie jest nim Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie) następuje wniesienie odwołania do Prezesa Izby, gdyż znaczenie ma data faktycznego dotarcia tej korespondencji do adresata.

Zbieżne stanowisko w analogicznych 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, 8 lipca 2013 r. sygn. akt KIO 1562/13, 20 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1654/20, jak również w orzecznictwie sądów powszechnych (np. 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. w sprawie sygn. akt III CZP 90/13 podjął następującą uchwałę: *Do zachowania przewidzianego w art. 182 ust. 1 pkt 2 pzp 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 wykładni 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 wzmacniają także argumenty właściwe dla wykładni systemowej, celowościowej i historycznej. W najważniejszych ustawach proceduralnych (por. poza art. 165 § 2 kpc, art. 124 kpk, 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.

Odnośnie 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. Taki 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 dyrektywę 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.

Wobec stwierdzenia zajścia powyżej wskazanej przesłanki odrzucenia odwołania, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obowiązkowemu odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp. Z tego względu Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 189 ust. 3 zd. 1 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 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Odwołującego tymi kosztami w postaci uiszczanego przez niego wpisu od odwołania.