

Sygn. akt: KIO 3449/20

POSTANOWIENIE
z dnia 8 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 8 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Budir system sp. z o.o. sp. k. w Warszawie** oraz **I. Z., prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą PPHU Irma, I. Z.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Terespol z siedzibą w Kobylanach**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Budir system sp. z o.o. sp. k. w Warszawie** oraz **I. Z., prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą PPHU Irma, I. Z.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Budir system sp. z o.o. sp. k. w Warszawie** oraz **I. Z., prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą PPHU Irma, I. Z.** 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 r. poz. 1843 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3449/20

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Terespol z siedzibą w Kobylanach, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa przychodni w Gminie Terespol.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 października 2020 r., poz. 598360-N.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Szacunkowa wartość zamówienia wynosi 3.198.270,06 zł netto tj. równowartość 749.132,19 euro, a więc, nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (pismo zamawiającego z 5 stycznia 2021 r. znak I-IM.7011.4.2020.AD, w aktach sprawy).

W dniu 22 grudnia 2020 r. zamawiający, za pośrednictwem poczty elektronicznej, zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budir system sp. z o.o. sp. k. w Warszawie oraz I. Z., prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą PPHU Irma, I. Z., zwanych dalej „odwołujących”, o odrzuceniu oferty odwołującego.

W dniu 28 grudnia 2020 r. (poniedziałek) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności odrzucenia swej oferty.

Kopię odwołania odwołujący nadał do zamawiającego przesyłką pocztową w dniu 28 grudnia 2020 r. (potwierdzenie nadania przesyłki poleconej nr (00)259007731219719296, załącznik do odwołania).

Kopię odwołania zamawiający otrzymał w dniu 31 grudnia 2020 r. (dowód: koperta z nr przesyłki poleconej nr (00)259007731219719296, wydruk ze strony internetowej etracking.poczta-polska.pl, stanowiące załącznik do pisma zamawiającego z 5 stycznia 2021 r. znak I-IM.7011.4.2020.AD, w aktach sprawy).

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Zgodnie z ww. przepisem, do niniejszego postępowania odwoławczego zastosowanie miały zatem przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.). Postępowanie odwoławcze zostało bowiem wszczęte wniesieniem przez odwołującego odwołania w dniu 28 grudnia 2020 r., a więc przed 1 stycznia 2021 r.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) (dalej ustawa Pzp).

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 przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.*

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 28 grudnia 2020 r. Termin na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie wobec skarżonej czynności odrzucenia oferty odwołującego upływał w dniu 28 grudnia 2020 r. Odwołujący został powiadomiony przez zamawiającego o zaskarżonej czynności odrzucenia oferty odwołującego w dniu 22 grudnia 2020 r. drogą elektroniczną, a więc w sposób, określony w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. W tej sytuacji pięciodniowy termin na wniesienie odwołania (uwzględniając również dyspozycję art. 185 ust. 8 ustawy Pzp) upływał odwołującemu w poniedziałek 28 grudnia 2020 r.

Stosownie bowiem do art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy 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. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 10 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.*

Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostą obowiązkowi przesłania zamawiającemu kopii odwołania, aby umożliwić zamawiającemu zapoznanie się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, tj. do dnia 28 grudnia 2020 r. Wprawdzie nadał kopię odwołania do zamawiającego dnia 28 grudnia 2020 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 nie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, 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 31 grudnia 2020r. Powyższe ustalono na podstawie koperty z przesyłką poleconą nr (00)259007731219719296 oraz wydruku ze strony internetowej etracking.poczta-polska.pl, stanowiących załącznik do pisma zamawiającego z 5 stycznia 2021 r. znak I-IM.7011.4.2020.AD. Z wydruku ze strony internetowej etracking.poczta-polska.pl wynikało, że przesyłka polecona nr (00)259007731219719296 została doręczona zamawiającemu w dniu 31 grudnia 2020 r. o g. 10.39. 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 obowiązkowi 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 28 grudnia 2020 r. Zamawiający z treścią odwołania po raz pierwszy mógł zapoznać się bowiem dopiero 31 grudnia 2020 r.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Z powyższego przepisu wynika zakaz wydawania orzeczeń o charakterze merytorycznym, do jakich zalicza się oddalenie czy uwzględnienia odwołania, w innej formie aniżeli wyrok. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało jednak charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.*

Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, *Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.*

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 oraz art. 189 ust. 2 pkt 7, art. 180 ust. 5, art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

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 (t. jedn. Dz. U. z 2018 r. Nr 41 poz. 972). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie tak Izby jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Przewodniczący:.....