

**POSTANOWENIE**  
**z dnia 29 grudnia 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 29 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne J. K. w Załukach, W. A. R. w Talkowszynie oraz J. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne J. P. w Krynkach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Krynki w Poczopku

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia K. D. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Handlowy K. D. w Góranach oraz M. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Handlowy LAS M. D. w Góranach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie;
  2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne J. K. w Załukach, W. A. R. w Talkowszynie oraz J. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne J. P. w Krynkach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne J. K. w Załukach, W. A. R. w Talkowszynie oraz J. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne J. P. w Krynkach tytułem wpisu od odwołania.
- Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Białymstoku.

**Przewodniczący:.....**

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Krynki w Poczopku - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie usług w zakresie gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Krynki w roku 2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 października 2020 r. pod numerem 2020/S 200-485669. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne J. K. w Załukach, W. A. R. w Talkowszynie oraz J. P. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne J. P. w Krynkach wnieśli odwołanie, w którym zarzucili zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 Pzp, przez przyjęcie, iż wybrany wykonawca, tj. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia K. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Handlowy K. D. w Góranach oraz M. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Handlowy LAS M. D. w Góranach, wykona prace objęte zamówieniem w cenie roboczogodziny poniżej minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w Polsce w 2021 r. i nie wezwania wykonawcy do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia kosztu pracownika, przyjętego do kalkulacji ceny;

2) art. 25a w zw. z art. 26 Pzp przez brak weryfikacji przez zamawiającego spełnienia przez wybranego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt 6.2 ust 3 ppkt b) i c) oraz 6.3 SIWZ polegającej na nie zażądaniu dokumentów potwierdzających prawo dysponowania wskazanymi urządzeniami oraz osobami, koniecznymi do spełnienia kryteriów stawianych wykonawcy celem stwierdzenia jego zdolności do wykonania zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) wezwania wybranego wykonawcy do złożenia dowodu dotyczącego wyliczenia kosztów roboczogodziny pracownika przyjętego do kalkulacji ceny stosownie do treści art. 90 ust. 1 Pzp;
- 2) wezwania wybranego wykonawcy do przedstawienia dowodów w postaci dokumentów potwierdzających dysponowaniem maszynami i urządzeniami w ilościach wynikających z żądania wskazanego przez zamawiającego w pkt 6.2 ust. 3 ppkt b) SIWZ;
- 3) wezwania wybranego wykonawcy do przedstawienia dowodów w postaci dokumentów: umów o pracę, umów zlecenia, zaświadczeń i świadectw potwierdzających kwalifikacje, druku DRA ZUS potwierdzających dysponowaniem pracownikami i zleceniobiorcami w ilościach wynikających z żądania wskazanego przez Zamawiającego w pkt 6.2 ust 3 ppkt c) SIWZ;
- 4) udostępnienie odwołującemu złożonej przez wybranego wykonawcę dokumentacji przetargowej.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia K. D. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Handlowy K. D. w Góranach oraz M. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Handlowy LAS M. D. w Góranach przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący zachowali termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia stronom. Wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 7 Pzp albo o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:**

Na podstawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia oraz odpowiedzi zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 21 grudnia 2020 r. Izba ustaliła, że zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty 2 grudnia 2020 r. Ten sam termin wskazuje odwołujący w odwołaniu.

Odwołanie w formie pisemnej wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 grudnia 2020 r. (presentata na odwołaniu). Odwołanie zostało nadane listem poleconym 12 grudnia 2020 r.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie w postępowaniu, którego wartość przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji - faksem lub drogą elektroniczną - o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Skoro niespornie informację o wyborze najkorzystniejszej zamawiający przesłał 2 grudnia 2020 r., termin na wniesienie odwołania kończył swój bieg 12 grudnia 2020 r. Tymczasem odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej 17 grudnia 2020 r. i zostało wniesione z uchybieniem ustawowego terminu, co skutkuje obowiązkiem jego odrzucenia przez Izbę na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. W postępowaniu odwoławczym, inaczej niż w postępowaniu przed sądem powszechnym, termin na wniesienie środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, jest zachowany wyłącznie wtedy, gdy odwołanie wpłynie do Prezesa Izby w terminie przewidzianym ustawą na wniesienie odwołania. Sam fakt nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego w terminie ustawowym jest niewystarczający. Pogląd ten ukształtowany w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych został potwierdzony w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2014 r w sprawie o sygn. III CZP 90/13 (data dostępu 29 grudnia 2020 r.), w której Sąd Najwyższy wywiódł, że do zachowania – przewidzianego w art. 182 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych terminu do wniesienia odwołania od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma znaczenia dzień oddania odwołania w polskiej placówce pocztowej operatora publicznego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe lub placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej. Sąd Najwyższy zważył, że w art. 184 ust. 2 Pzp w brzmieniu obowiązującym do dnia 28 stycznia 2010 r., przed nowelizacją Prawa zamówień publicznych wprowadzoną ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 223, poz. 1778), przewidziano fikcję wniesienia odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego, jednak przepis ten został uchylony i obecnie decyduje data wniesienia odwołania, czyli dotarcie odwołania do adresata - Prezesa Izby.

Termin na wniesienie odwołania ma charakter prekluzyjny i nie podlega przywróceniu w żadnym przypadku. Uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa do wniesienia odwołania. Odwołanie wniesione po upływie terminu ustawowego podlega obligatoryjnemu odrzuceniu przez Izbę na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba uznała, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp, co przystępujący wywodził przekazania mu przez zamawiającego niepodpisanej kopii odwołania. Wskazany przepis stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeśli odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5. Natomiast stosownie do art. 180 ust. 5 Pzp 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.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że zamawiający otrzymał kopię odwołania 12 grudnia 2020 r., zatem w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania. Zamawiający mógł zatem zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu na jego wniesienie. Treść przesłanej zamawiającemu kopii odwołania odpowiada treści odwołania wniesionego do Prezesa Izby 17 grudnia 2020 r. Brak podpisu pod kopią otrzymaną przez zamawiającego nie uzasadnia odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp. Podpis pod odwołaniem nie jest bowiem treścią odwołania. Prawidłowe podpisanie odwołania podlega kontroli Izby w ramach badania przesłanki odrzucenia odwołania wskazanej w art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, czyli wniesienia odwołania przez podmiot uprawniony. Na odwołaniu wniesionym do Prezesa Izby widnieją podpisy wszystkich trzech odwołujących się wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp odrzuciła odwołanie, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 191 ust. 1 zdanie drugie Pzp. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp.

**Przewodniczący: .....**