

POSTANOWENIE
z dnia 9 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 9 czerwca 2020 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2020 r. przez wykonawcę **A. W.-M.** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Extremal A. W.-M. z siedzibą w Zabierzowie przy ul. Krakowskiej 123 (32-080 Zabierzów) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Jagielloński** z siedzibą w Krakowie przy ul. Gołębiej 24 (31-077 Kraków)

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **A. W.-M.** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Extremal A. W.-M. z siedzibą w Zabierzowie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
3. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **A. W.-M.** prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Extremal A. W.-M. z siedzibą w Zabierzowie kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczonej tytułem nadpłaconego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:
UZASADNIENIE

Uniwersytet Jagielloński z siedzibą w Krakowie zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp”, na wyłonienie wykonawcy w zakresie *świadczenia usług mycia powierzchni i elewacji szklanych przy użyciu podnośników oraz metod alpinistycznych z zastosowaniem odpowiednich środków w budynkach Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie* (nr sprawy: 80.272.118.2020), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 kwietnia 2020 r., pod numerem 532512-N-2020.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ponadto należy wskazać, że w załączonej do odwołania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 2 ppkt. 1) wynika, że wartość postępowania została ustalona *poniżej* tzw. „progów unijnych”.

Zamawiający w dniu 27 maja 2020 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty postępowaniu. Wykonawca A. W.-M. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Extremal A. W.-M. z siedzibą w Zabierzowie wyjaśnił w odwołaniu, że *jest uprawniony do wniesienia, odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem wskazał, że informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez EVERESTŁ. B. otrzymał w dniu 27 maja 2020 r. za pośrednictwem email*.

W dniu 4 czerwca 2020 r. (prezentata na piśmie) ww. wykonawca, zwany dalej: „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

-czynności wyboru oferty EVERESTŁ. B. jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta EVERESTŁ. B. powinna zostać

odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

-niezgodnej z przepisami Pzp czynności oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w trybie art. 90 Pzp przez EVEREST Ł. B.;

-zaniechania odrzucenia oferty EVEREST Ł. B., pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia, a EVEREST Ł. B. nie złożył odpowiednich wyjaśnień, ponieważ wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez EVEREST Ł. B. nie spełniają wymogów określonych przez art. 90 Pzp i nie obalają domniemania, że oferta EVEREST Ł. B. zawiera rażąco niską cenę.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Everest Ł. B. jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta EVEREST Ł. B. powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2)art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 Pzp przez dokonanie nieprawidłowej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez EVEREST Ł. B.;

3)art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Everest, pomimo, że oferta EVEREST Ł. B. powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie unieważnienia czynności polegającego na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz nakazanie odrzucenia oferty EYEREST Ł. B., nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 2 oraz art. 180 ust. 4 Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Natomiast na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 2 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, a zgodnie z treścią art. 180 ust. 4 Pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej formie pisemnej w postaci papierowej albo w postaci elektronicznej, opatrzone odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej informacje stanowiące podstawę do wniesienia odwołania znane były odwołującemu od dnia 27 maja 2020 r. tj. od otrzymania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Przedmiotową okoliczność potwierdzają załączony do odwołania dokument z dnia 27 maja 2020 r., opatrzone informacją - zawiadomienie o rozstrzygnięciu (wynikach) postępowania, jak również treść samego odwołania, gdzie odwołujący wskazał, że *informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez EVEREST Ł. B. otrzymał w dniu 27maja 2020 r. za pośrednictwem email.*

Tym samym termin na skuteczne wniesienie odwołania, tj. doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej upływał w dniu 1 czerwca 2020 r., tym samym odwołanie wniesione w dniu 4 czerwca 2020 r. (prezentata na piśmie) jest odwołaniem wniesionym po upływie ustawowego terminu na jego skuteczne wniesienie i zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba obowiązana jest do odrzucenia odwołania.

Nadmienić należy w tym miejscu, że na kopercie widnieje data stempla pocztowego - 1 czerwca 2020 r.

Skład orzekający wskazuje, że aktualnie obowiązujący art. 180 ust. 4 Pzp nie przewiduje, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem odwołania. Ustawodawca przesądził w ten sposób o utożsamieniu wniesienia odwołania z jego doręczeniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zbieżne stanowisko w zbliżonych stanach faktycznych - odnośnie braku domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - 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), 17 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 221/15), czy 14 lutego 2020 r. (sygn. akt KIO 205/20), jak również w orzecznictwie sądów powszechnych - 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. (sygn. akt III CZP 90/13) podjął następującą uchwałę: *Do zachowania przewidzianego w art. 182 ust. 1 pkt 2 p.z.p. 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 wykładnia 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 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.

Odnosnie 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. Ten 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 dyrektywy 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 ustawy 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* (tak też postanowienie KIO z dnia 17 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 221/15).

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 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 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). 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 Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Ponadto zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp od których uzależniony jest obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, wynosi 7 500,00 zł. Zatem w przedmiotowej sprawie, gdzie wartość zamówienia została ustalona, poniżej kwot określonych w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wobec uiszczenia przez odwołującego wpisu w wysokości 15 000,00 zł Izba nakazała dokonanie zwrotu kwoty 7 500,00 zł tytułem dokonanej przez odwołującego nadpłaty.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust. 3 zd. 1 Pzp.

Przewodniczący: