Sygn. akt: KIO 1584/21

POSTANOWIENIE
z dnia 9 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 9 czerwca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2021 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Jantar 2 sp. z o.o., Jantar sp. z o.o., Sekret sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Prokuraturę Okręgową w Koszalinie z siedzibą w Koszalinie**

postanawia:

1.odrzuca odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Jantar 2 sp. z o.o., Jantar sp. z o.o., Sekret sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……...

Sygn. akt: KIO 1584/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Prokuratura Okręgowa w Koszalinie z siedzibą w Koszalinie - prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Usługi codziennego utrzymania czystości w siedzibach prokuratur okręgu koszalińskiego". Część I: „Usługi codziennego utrzymania czystości w siedzibie Prokuratury Okręgowej w Koszalinie" nr postępowania: PO VII WB 261.3.2021*Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 maja 2021 r., za numerem 2021/BZP 00050633/01.

W dniu 26 maja 2021 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Jantar 2 sp. z o.o., Jantar sp. z o.o., Sekret sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) – dalej „ustawa pzp", poprzez błędne ustalenie faktyczne i przyjęcie, że Odwołujący nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy Zamawiający w ogóle nie wzywał Odwołującego do złożenia jakiegokolwiek dokumentu, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp, w szczególności wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia (załącznik nr 5 do SWZ),

2. art. 274 ust. 2 ustawy pzp poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że Zamawiający był uprawniony do zastosowania wezwania w trybie art. 274 ust. 2 ustawy pzp w sytuacji gdy niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego toczy się na podstawie art. 275 ust. 1 ustawy pzp w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji,

3. art. 253 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie równoczesnego poinformowania wykonawców, w tym Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z informacją o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1. uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

2. dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

3. niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty poinformowanie równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykonawcach, których oferty zostały odrzucone.

Na podstawie akt sprawy odwoławczej oraz treści odwołania Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy pzp, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba stwierdziła, że w dniu 26 maja 2021 r. Zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu za pomocą systemu SmartPZP. W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 4 czerwca 2021 r. do Krajowej Izby Odwoławczej wartość zamówienia nie jest równa ani nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy pzp, a w dniu 20 maja 2021 r. Zamawiający przesłał informację o czynności stanowiącej podstawę wniesionego odwołania – Zawiadomienie o odrzuceniu oferty (załącznik nr 2 do pisma).

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał, że: *„w dniu 20.05.2021r. zamawiający doręczył odwołującemu, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego."* oraz załączył do odwołania kopię zawiadomienia.

Odwołanie zostało opatrzone datą 24 maja 2021 r. i w tym dniu kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu zgodnie z wydrukami korespondencji elektronicznej.

Izba ustaliła następnie, że w dniu 24 maja 2021 r. Odwołujący nadał powyższe odwołanie w placówce Poczty Polskiej w Słupsku (usługa kurierska „Pocztex") do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (pieczęć i nalepka adresowa w aktach sprawy).

Odwołanie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2021 r. (prezentata widniejąca na nalepce adresowej i na pierwszej stronie odwołania).

Odwołanie zostało zatem wniesione do Prezesa Izby 6 dnia od otrzymania przez Odwołującego zawiadomienia o czynności odrzucenia jego oferty stanowiącej podstawę wniesionego odwołania.

Zgodnie z art. 528 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp „*Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;*."

Zgodnie z art. 514 ust. 1 ustawy pzp: *„Odwołanie wnosi się do Prezesa Izby."*

Izba wskazuje, że art. 528 ustawy 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. 530 ustawy pzp. Jedną z podstaw odrzucenia odwołania wynikającą z przepisu art. 528 pkt 3 pzp jest okoliczność wniesienia odwołania po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba zważyła, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu wynikającego z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy pzp, zgodnie z którym odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej – w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne.

Zauważenia wymaga, że zgodnie z art. 514 ustawy pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W myśl art. 508 ustawy pzp: *„1. Pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym. 2. Pisma w formie pisemnej wnosi się za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem posłańca, a pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej."*

Odwołania wnosi się zatem w formie pisemnej lub w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym.

Co istotne, dla zachowania terminu na wniesienie odwołania konieczne jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Izby w ustawowym terminie. Nadanie odwołania w placówce operatora publicznego jest niewystarczające w świetle obowiązujących przepisów ustawy. Z aktualnego brzmienia przepisów nie wynika więc domniemanie, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa KIO. Ustawodawca dla skutecznego wniesienia odwołania zastrzegł bowiem wyraźnie faktyczne doręczenie odwołania w ustawowym terminie do Prezesa Izby. Tym samym, odwołanie wniesione w formie pisemnej powinno w terminie określonym w art. 515 ustawy pzp fizycznie wpłynąć do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Stanowisko 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 1654/14, 15 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3518/20, 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).

Co więcej, prawidłowość takiego stanowiska potwierdził 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 wykładnia językowa, a stosownie do treści art. 180 ust. 4 pzp (aktualnie art. 514 ustawy 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 jakiekolwiek 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 2 (aktualnie art. 580 ust. 2 zdanie drugie) ustawy pzp przewidziano, że złożenie skargi w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe 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 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.

Wobec stwierdzenia zajścia powyżej wskazanej przesłanki odrzucenia odwołania, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obligatoryjnemu odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp. Dlatego też Izba działając na podstawie art. 529 w zw. z art. 553 zdanie 2 oraz art. 528 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp postanowiła odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:……..……..……