

Sygn. akt: KIO 2623/15

POSTANOWIENIE
z dnia 14 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 14 grudnia 2015 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2015 r. przez **Odwołującego – Endo Elektronik Sp. z o.o., Kanie, ul. Kolejowa 11 B, 05-805 Otrębusy**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Zamawiającego – Szpital Wojewódzki im. dr. Ludwika Rydygiera w Suwałkach, ul. Szpitalna 60, 16-400 Suwałki**,

postanawia:

1. **odrzuć odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciążyć **Odwołującego – Endo Elektronik Sp. z o.o., Kanie, ul. Kolejowa 11 B, 05-805 Otrębusy** – i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Suwałkach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Wojewódzki im. dr. Ludwika Rydygiera w Suwałkach, ul. Szpitalna 60, 16-400 Suwałki – prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm); dalej jako „Pzp”; w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup i dostawę systemu do ultrasonografii endoskopowej EUS/EBUS wraz z osprzętem do sterylizacji dla Szpitala Wojewódzkiego im. dr. Ludwika Rydygiera w Suwałkach” (znak sprawy: 52/PN/WU/2015).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 września 2015 r, pod nr 2015/S 183-331812.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 19 listopada 2015 r., Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty dla Zadania 1 i Zadania 2 – oferty wykonawcy Varimed Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Przedmiotowym pismem Zamawiający poinformował także wykonawcę Endo Elektronik Sp. z o.o., Kanie, ul. Kolejowa 11 B, 05-805 Otrębusy, o odrzuceniu oferty na Zadanie 1 i Zadanie 2, jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

W dniu 2 grudnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Endo Elektronik Sp. z o.o., Kanie, ul. Kolejowa 11 B, 05-805 Otrębusy, w zakresie Zadania nr 1, wobec czynności Zamawiającego polegających na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego oraz błędnej ocenie oraz uznaniu za najkorzystniejszą oferty firmy Varimed Sp. z o.o., oraz błędnej ocenie oferty firmy Olympus Sp. z o.o. i zaniechaniu odrzuceniu oferty wykonawcy Olympus Sp. z o.o.

W dniu 30 listopada 2015 r. Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię wniesionego odwołania. W terminie, o którym mowa w art. 185 ust. 2 Pzp, nie zostały zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 8 grudnia 2015 r., Zamawiający przekazał dokumentację postępowania podnosząc jednocześnie, że odwołanie zostało wniesione po terminie, gdyż termin ten w niniejszej sprawie upływał w dniu 30 listopada 2015 r. Podkreślono także, że wniesienie odwołania za pomocą faksu nie nadaje biegu sprawie i nie wywiera skutku prawnego, jak również, że odwołanie zawiera błędy formalne, których na obecnym etapie nie można uzupełnić. Zamawiający wskazał ponadto, że z treści wniesionego odwołania nie wynika interes prawny Odwołującego, który wnosi jedynie o odrzucenie pozostałych ofert, a nie przedstawia żądania ponownego badania oraz wyboru jego oferty, jak również nie udowadnia, że odrzucenie oferty Odwołującego było bezzasadne. Konkludując, Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Jak wynika z dokumentacji postępowania Zamawiający w dniu 19 listopada 2015 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, informując o rozstrzygnięciu Odwołującego, jak również informując Odwołującego, za pomocą poczty elektronicznej, o odrzuceniu jego oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ (vide: protokół z postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, e-mail z dnia 19 listopada 2015 r. informujący o wyborze najkorzystniejszej oferty).

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Zgodnie z art. 27 Pzp w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną (ust. 1); jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania (ust. 2).

W niniejszej sprawie informacja Zamawiającego została przesłana w sposób określony w art. 27 ust. 2 Pzp, a więc termin na wniesienie odwołania wynosił 10 dni. Skoro informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, w tym także informacja o

odrzuconiu oferty Odwołującego, została przekazana drogą elektroniczną w dniu 19 listopada 2015 r., to tym samym, 10-cio dniowy termin na wniesienie odwołania upływał w sprawie w dniu 30 listopada 2015 r. Odwołanie zostało zaś wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dopiero w dniu 2 grudnia 2015 r.

O zachowaniu terminu na wniesienie odwołania nie może przesądzać w tym przypadku dzień nadania przesyłki krajowej. W przypadku wnoszenia w formie pisemnej odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, dla zachowania ustawowego terminu odwołanie musi zostać wniesione do Prezesa KIO, tzn. musi dotrzeć do Izby najpóźniej w ostatnim dniu terminu. Powyższe oznacza, że jeżeli odwołanie wnoszone jest w formie pisemnej (tak, jak w sprawie niniejszej) to pismo to najpóźniej w ostatnim dniu terminu musi fizycznie wpłynąć do Izby.

Jak wskazano w postanowieniu KIO z dnia 28 października 2011 r., sygn. akt KIO 2265/11 *„Skoro ustawodawca zrezygnował z ustanowienia domniemania, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby, które znajdowało się w art. 184 ust. 2 zd. 2 p.z.p. we wcześniejszym brzmieniu (sprzed nowelizacji ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 223, poz. 1778), jego celem musiało być utożsamienie "wniesienia odwołania" z jego doręczeniem - a contrario domniemanie jest przewidziane dla wniesienia skargi na orzeczenie Izby (art. 198b ust. 2 zd. 2 p.z.p.)”*.

Przedmiotowe zagadnienie zostało także w sposób szczegółowy przeanalizowane przez Sąd Najwyższy, który w uchwale z dnia 7 lutego 2014 r., sygn. akt III CZP 90/13 wskazał, iż do zachowania 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. W uzasadnieniu tej uchwały Sąd Najwyższy w sposób szczegółowy przytoczył argumenty przemawiające za przyjętym stanowiskiem, odwołując się m.in. do wcześniejszego orzecznictwa SN, orzecznictwa sądów okręgowych oraz KIO, jak również uzasadnienia nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 223, poz. 1778), przepisów dyrektywy nr 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., zmieniającej dyrektywy Rady nr 89/665/EWG i nr 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz. UE L Nr 335, s. 31), jak również analizy piśmiennictwa poświęconego zamówieniom publicznym.

Należy także wskazać, że ustawodawca dopuścił możliwość wniesienia odwołania w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (art. 180 ust. 4 Pzp). Możliwość ta niweluje ewentualne niedogodności związane z obowiązkiem wniesienia (dostarczenia) w określonym terminie odwołania do Prezesa KIO, gdy jest ono składane w formie pisemnej. W niniejszej sprawie Odwołujący nie korzystał jednak z tej możliwości. Złożył odwołanie w formie pisemnej, a co za tym idzie, stosownie do ww. zasad, odwołanie to winno wpłynąć do Prezesa KIO najpóźniej w dniu 30 listopada 2015 r.

Na marginesie należy również dodatkowo wskazać, że odwołanie zostało – zarówno pod względem organu, jak i nieaktualnych danych adresowych – wadliwie zaadresowane, tj. zostało skierowane do „Urzędu Zamówień Publicznych, Departament Odwołań, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Al. Jana Christiana Szucha 2/4, 00-582 Warszawa”. Zgodnie z art. 180 ust. 4 Pzp, odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Krajowa Izba Odwoławcza mieści się przy ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa.

Nie konwaliduje także uchybienia we wniesieniu odwołania w terminie okoliczność przesłania kserokopii odwołania za pomocą faksu (data wpływu faksu do Izby – 26 listopada 2015 r.). Zgodnie z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U.2014.964), z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. W przypadku korespondencji przesyłanej faksem lub drogą elektroniczną domniemywa się, że dzień przesłania korespondencji faksem lub drogą elektroniczną jest dniem doręczenia, jeżeli korespondencja została przesłana niezwłocznie również w formie pisemnej.

Jak wynika z powyższego, odwołanie nie może być wniesione za pomocą faksu. Przetaksowanie odwołania nie oznacza wniesienia odwołania w formie pisemnej, na którą to formę wskazuje art. 180 ust. 4 Pzp, a dzień przetaksowania odwołania nie może być tym samym uznawany za dzień wniesienia odwołania. W konsekwencji, fakt, że Odwołujący przetaksował odwołanie w dniu 26 listopada 2015 r., nie oznacza, że w tym dniu nastąpiło, zgodnie z wymogami prawa, skuteczne wniesienie odwołania. Okoliczność powyższa nie wywołuje żadnych skutków prawnych, które uzasadniałyby odmienną ocenę, co do braku skuteczności i prawidłowości wniesienia odwołania.

Reasumując, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W myśl art. 189 ust. 3 Pzp Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym. W niniejszej sprawie, wobec wniesienia odwołania po terminie, wypełnione zostały przesłanki do zastosowania ww. przepisów.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 189 ust. 3 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 w zw. z § 1 ust. 1 pkt 2 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 (Dz.U.2010.41.238).

Przewodniczący: