

POSTANOWIENIE
z dnia 26 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 23 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2016 r. przez wykonawcę **Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź, ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Sputnik Software Sp. z o.o., ul. Górecka 30, 60-201 Poznań,**
- B. wykonawcy **COIG S.A., ul. Mikołowska 100, 40-065 Katowice,**
- C. wykonawcy **S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa,**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** 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 2015 r. poz. 2164) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego szacunkowa wartość przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) [dalej „ustawa Pzp”], prowadzonym przez Miasto Łódź (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2016/S 020-031131 w dniu 29 stycznia 2016 r. na „Dostawę i wdrożenie systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie finansami miasta” wykonawca Comarch S.A. z Krakowa (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania udzielenia przez zamawiającego odpowiedzi na pytania wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), w szczególności wobec opisu przedmiotu zamówienia, zgłoszone przez wykonawców w terminie obligującym zamawiającego do udzielenia odpowiedzi na pytania – dotyczy odpowiedzi z dnia 2 marca 2016 r. na pytania nr: 35, 36, 41, 44, 46, 50, 51, 54, 55, 60, 61, 71, 72, 86, 87, 95, 97, 98, 99, 100, 111, 113, 118, 121, 128, 136, 137, 161, 168, 177, 181, 195, 211, 222, 265, 267, 273, 286, 291, 308, 316, 320, 336, 358, 359, 361, 366, 367, 373, 374, 376, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp,
2. czynności zamawiającego, polegającej na udzieleniu odpowiedzi na pytania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia w sposób odsyłający do decyzji i ustaleń, jakie zostaną podjęte w przyszłości przez zamawiającego na etapie realizacji umowy, skutkiem czego na dzień składania ofert wykonawcy nie mają możliwości prawidłowej i rzetelnej wyceny ofert oraz skutkiem czego naruszona zostaje zasada uczciwej konkurencji wobec złożenia ofert nieporównywalnych, o innym zakresie zobowiązań w zakresie zobowiązań niedoprecyzowanych i nieokreślonych na dzień składania ofert – dotyczy odpowiedzi z dnia 2 marca 2016 r. na pytania nr 62, 63, 64, 67, 66, 67, 68, 69, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 61, 88, 90, 91, 92, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 150, 155, 191, 192, 194, 199, 206, 214, 223, 225, 226, 227, 231, 232, 233, 237, 239, 243, 245, 247, 250, 254, 256, 257, 258, 261, 263, 268, 269, 270, 271, 272, 275, 277, 278, 280, 283, 284, 285, 287, 305, 323, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i art. 38 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp,
3. czynności zamawiającego, polegającej na udzieleniu odpowiedzi na pytania dotyczące SIWZ w sposób niezgodny z ustawą Pzp, tj. wprowadzenie w wyniku udzielonych odpowiedzi sprzeczności do treści SIWZ, skutkiem czego ukształtowany udzielonymi odpowiedziami opis przedmiotu zamówienia ogranicza konkurencją oraz uniemożliwia wycenę i złożenie porównywalnych ofert – dotyczy odpowiedzi z dnia 2 marca 2016 r. na pytanie nr 130.

Odwołujący zażądał:

1. w zakresie zarzutu wskazanego w pkt. 1: nakazania zamawiającemu udzielenia odpowiedzi na zadane pytania,
2. w zakresie zarzutu wskazanego w pkt. 2: nakazania zamawiającemu udzielenia odpowiedzi na zadane pytania przed dniem składania ofert, a w przeciwnym przypadku nakazanie usunięcia z SIWZ odnośnych zobowiązań wykonawców, których zakres miałyby zostać doprecyzowany dopiero na etapie realizacji umowy,
3. w zakresie zarzutu wskazanego w pkt. 3: nakazania zamawiającemu udzielenia odpowiedzi w sposób określony w uzasadnieniu odwołania, tj. anulowania udzielonej odpowiedzi na pytanie 130 i nakazania zamawiającemu udzielenia odpowiedzi z uwzględnieniem treści Załącznika nr 1 do SIWZ oraz Załącznika nr 7 do SIWZ, a także zasad rozliczania prac dodatkowych, niezależnie od prac objętych Etapami I-V przedmiotu zamówienia,
4. nakazania zamawiającemu opublikowania ujednoliconej wersji SIWZ (OPZ).

Odwołujący oświadczył, że powziął wiadomość o czynnościach i zaniechaniach zamawiającego objętych odwołaniem z treści odpowiedzi na pytania, opublikowanej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 2 marca 2016 r.

Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytania Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w piśmie z dnia 16 marca 2016 r., oświadczył, że:

- odpowiedzi na pytania zostały opublikowane na stronie internetowej zamawiającego oraz przekazane elektronicznie wykonawcom w dniu 2 marca 2016 r.,
- odwołanie zostało zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego w dniu 14 marca 2016 r.

W *Odpowiedzi na odwołanie* – pismo z dnia 21 marca 2016 r. – zamawiający podniósł, że kopię odwołania otrzymał w formie elektronicznej w dniu 14 marca 2016 r., natomiast termin wniesienia odwołania upłynął w dniu 12 marca 2016 r., co oznacza, że kopia odwołania została przekazana zamawiającemu skutecznie dwa dni po terminie do wniesienia odwołania. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania.

Odwołujący utrzymywał, że przesłał zamawiającemu kopię odwołania drogą elektroniczną w dniu 11 marca 2016 r. (piątek), a dodatkowo w dniu 14 marca 2016 r. (poniedziałek).

Otrzymał kopii odwołania w dniu 14 marca 2016 r. zamawiający nie kwestionował.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Poza sporem był fakt, że termin na wniesienia odwołania rozpoczął bieg w dniu 2 marca 2016 r. kiedy to zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej odpowiedzi na pytania wykonawców.

Sporne były dwie kwestie:

1. czy dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania, a tym samym na przesłanie zamawiającemu jego kopii upłynął w sobotę 12 marca 2016 r., czy też w poniedziałek 14 marca 2016 r. ?
1. czy odwołujący przesłał zamawiającemu kopię odwołania w dniu 11 marca 2016 r., czy dopiero w dniu 14 marca 2016 r. ?

Odwołujący zaprezentował pogląd, powołując się na art. 2 ust. 2 oraz art. 3 ust. 3 rozporządzenia Rady nr 1182/71 z dnia 3 czerwca 1971 r., że termin złożenia odwołania przypadający na sobotę 12 marca 2016 r. uległ przedłużeniu do poniedziałku do dnia 14 marca 2016 r.

Przystępujący COIG S.A. dodatkowo powołał się na odpowiedź Prezesa UZP z marca 2015 r. stanowiącą odpowiedź na interpelację poselską nr 3889.

Zamawiający stanął natomiast na stanowisku, powołując się na art. 1 ww. rozporządzenia, że ma ono zastosowanie wyłącznie do adresatów tam wskazanych, tj. do Rady Unii Europejskiej oraz Komisji Europejskiej, nie ma zaś zastosowania do uczestników postępowania odwoławczego.

Izba nie podzieliła prezentowanego przez odwołującego i przystępujących po jego stronie wykonawców poglądu i uznała, że termin na wniesienie odwołania w przedmiotowej sprawie, w świetle przepisów ustawy Pzp oraz kodeksu cywilnego, upłynął w sobotę 12 marca 2016 r., ponieważ na gruncie wskazanych regulacji sobota nie jest dniem ustawowo wolnym od pracy.

Nadto Izba uznała, że przepisy przywołanego rozporządzenia nie mają bezpośredniej mocy obowiązującej w polskim porządku prawnym.

Art. 3 ust. 4 ww. rozporządzenia faktycznie nakazuje uznanie, iż jeżeli ostatni dzień okresu (terminu) wyrażonego inaczej niż w godzinach, jest dniem ustawowo wolnym od pracy, niedzielą lub sobotą, okres ten (termin) wygasa z upływem ostatniej godziny

następnego dnia roboczego, jednak dostrzeżenia wymaga, że wskazane rozporządzenie nie ma mocy bezpośredniego skutku w polskim porządku prawnym, z racji tego, że adresatem tego rozporządzenia nie są bezpośrednio organy i obywatele państw członkowskich UE, ale organy Unii Europejskiej uprawnione do stanowienia prawa (Parlament Europejski, Rada Unii Europejskiej, Komisja Europejska).

Oznacza to, że wskazane rozporządzenie nie jest skierowane do polskich organów orzekających w sprawach zamówień publicznych, czy też uczestników polskiego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Skład orzekający Izby w pełni podziela stanowisko wyrażone przez Izbę w wyroku z dnia 4 maja 2015 r. sygn. akt KIO 818/15, zgodnie z którym:

„Izba, mając świadomość funkcjonowania takiej zasady bezpośredniego skutku prawa europejskiego jako fundamentu prawa wspólnotowego w odniesieniu do rozporządzeń wydawanych przez Parlament Europejski i Radę Unii Europejskiej oraz samą Radę Unii Europejskiej lub Komisję Europejską zgodnie z artykułem 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, co do rozporządzenia Rady (EWG, EURATOM) nr 1182/71 z dnia 3 czerwca 1971 r. stwierdza jednak, że rozporządzenie to wyraźnie skierowane jest do organów unijnych tworzących prawo i w odniesieniu do tych podmiotów ma bezpośredni skutek obowiązywania. Na powyższe wskazuje preambuła tego rozporządzenia, gdzie podaje się m.in., iż: „liczne akty wydane przez Radę i Komisję ustalają okresy, daty lub terminy i posługują się pojęciami „dni roboczych” i „dni ustawowo wolnych od pracy”; w tym zakresie należy wprowadzić ogólne jednolite zasady; w wyjątkowych przypadkach może okazać się konieczne, by niektóre akty Rady lub Komisji odbiegały od tych ogólnych zasad”. Także art. 1 tego rozporządzenia wyraźnie wskazuje, że: „niniejsze rozporządzenie stosuje się do aktów Rady lub Komisji, które są lub będą wydane na podstawie Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą lub Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Energii Atomowej”. W ocenie Izby powyższe wyraźnie wskazuje, że adresatem rozporządzenia są organy unijne tworzące prawo unijne w tym celu, aby to prawo opierało się o jednolite zasady dotyczące obliczania terminów.

Wyrazem powyższego jest także to, że dyrektywy zamówieniowe Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. (dyrektywa klasyczna nr 2004/18/WE i dyrektywa sektorowa nr 2004/17/WE) w treści swoich preambuł zawierają także odesłanie do wskazanego rozporządzenia Rady z 1971 r. (motyw 50 dyrektywy nr 2004/18/WE i motyw 57 dyrektywy 2004/17/WE). Skoro ustawodawca europejski, tworząc określony akt prawny – dyrektywę – kierowany do państwa członkowskiego celem jego transpozycji do porządku krajowego odsyła do przepisów rozporządzenia, oznacza to, że stosując wytyczne wynikające z tego rozporządzenia nakazuje państwu członkowskiemu określenie

zasad obliczania terminów według określonych w tym rozporządzeniu zasad. W innym przypadku (przy bezpośredniej mocy obowiązującej w odniesieniu do państw członkowskich wskazanego rozporządzenia) takie odesłanie byłoby zbędne.

Podkreślenia jednak wymaga, że takiego odesłania ustawodawca europejski nie zastosował w odniesieniu do procedur odwoławczych. W dyrektywie odwoławczej bowiem (dyrektywa nr 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych) nie wskazuje się w żadnej mierze na odesłanie do przepisów wskazanego rozporządzenia z 1971 r. Ustawodawca europejski zatem w tym względzie pozostawił swobodzie państwa członkowskiego ustalenie zasad obliczania terminów na wnoszenie środków odwoławczych, mając na względzie specyfikę każdego z państw i określne w tym względzie potrzeby i rozwiązania w zakresie przyjętego dla konkretnych, różnych systemów odwoławczych.

Tym samym zatem – zdaniem Izby – w przypadku polskiego systemu środków ochrony prawnej, zgodnie z zapatrywaniem ustawodawcy europejskiego, pozostawiono regulacjom wewnętrznym kwestie związane z obliczaniem terminów. W postępowaniu odwoławczym zaś do obliczania terminów zastosowanie mają przepisy Kodeksu Cywilnego. Zgodnie z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym. W tych przepisach zaś – stosownie do art. 1184 § 2 KPC – sąd polubowny może ustalić sobie sposób postępowania jaki uznana za właściwy, jednakże z zastrzeżeniem przepisów ustawy, tj. ustawy Kodeks postępowania cywilnego (oczywiście w sytuacjach nieuregulowanych w ustawie Pzp, zgodnie z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp). Przepisy Kodeksu postępowania cywilnego w art. 165 § 1 KPC zastrzegają, iż terminy oblicza się według przepisów prawa cywilnego, a więc zgodnie z Kodeksem Cywilnym. Wprost odesłanie do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego natomiast znajduje się w art. 14 ustawy Pzp, wskazując na charakter sprawy cywilnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie zaś z art. 115 KC, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin ten upływa dnia następnego. W polskim porządku prawnym dni ustawowo wolne od pracy wylicza enumeratywnie ustawa z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz. U. Nr 4 poz. 28). Wśród katalogu dni ustawowo wolnych od pracy ustawodawca określił niedziele i inne, konkretne święta państwowe. Za dzień ustawowo wolny od pracy ustawodawca nie uznał natomiast soboty. Z tych też względów upływ terminu na dokonanie określonej czynności (...) w sobotę, skutkuje uznaniem, że właśnie w tym dniu termin ten skutecznie upływa, bez możliwości jego wydłużenia na kolejny dzień roboczy”.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że w przedmiotowej sprawie termin na wniesienie odwołania, a tym samym termin na przesłanie zamawiającemu kopii odwołania upłynął w sobotę 12 marca 2016 r.

Odwołujący, na potwierdzenie przesłania zamawiającemu kopii odwołania w dniu 11 marca 2016 r. złożył na posiedzeniu zrzuty z ekranów:

2. z poczty nadawcy, tj. A. S. z dnia 11 marca 2016 r. godzina 16:40, gdzie wskazano rozmiar załączonego do wiadomości pliku, tj. 5 MB,
3. z konsoli administratora systemu poczty elektronicznej odwołującego, gdzie wskazano – godz. 16:37 – doręczenia pliku: „OK”, a także przyjęcie danych przez serwer odbiorcy oraz prawidłowe zakończenie transmisji: „COMPLETED”.

Zamawiający, zaprzeczając otrzymaniu w dniu 11 marca 2016 r. odwołania, twierdził, że otrzymał jedynie „*pusty mail o wielkości 448 bajtów*”, który „*został zakwalifikowany przez bramkę pocztową jako spam*”, na potwierdzenie czego złożył wewnętrzną korespondencję e-mail pomiędzy pracownikami: Wydziału Informatyki a Wydziału Zamówień Publicznych, w tym opis połączenia w dniu 11 marca 2016 r. godz. 16:37 z serwerem odwołującego (odzwiorny1.comarch.com), w ramach którego wiadomość została usunięta („Deleted”) i przeniesiona do kopii zapasowej („Put in backup”).

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że odwołujący nie wykazał, że w dniu 11 marca 2016 r. przesłał zamawiającemu skutecznie treść odwołania, a to ze względu na wątpliwości co do tego, że zrzut z konsoli administratora z godz. 16:37 (doręczenie pliku „OK”) w ogóle dotyczył wiadomości przesyłanej przez Panią A. S. o godz. 16:40 wraz z załącznikiem o rozmiarze 5 MB (rozbieżność godzin, brak rozmiaru w przypadku zrzutu z konsoli administratora) w sytuacji, gdy zamawiający zaprzeczył otrzymaniu treści odwołania w tym dniu, składając opis połączenia z tego dnia z godziny 16:37, w ramach którego otrzymana wiadomości o rozmiarze zaledwie 448 bajtów została umieszczona w kopii zapasowej.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie 11 marca 2016 r., ale dopiero w dniu 14 marca 2016 r. (otrzymania odwołania w tym dniu zamawiający nie kwestionował, zamieszczając także w tym dniu kopię odwołania na swojej stronie internetowej) przesłał zamawiającemu kopię odwołania.

Przypomnienia wymaga, że 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, który stanowi, że 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.

Uwzględniając fakt, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem powyżej tzw. progów unijnych, na podstawie przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania oraz przesłania zamawiającemu jego kopii upływał w dniu 12 marca 2016 r.

Wobec tego stwierdzić należy, że przekazanie zamawiającemu w dniu 14 marca 2016 r. treści odwołania oznacza, że odwołujący nie dopełnił obowiązku wynikającego z przepisu art. 180 ust. 5 ustawy Pzp przesłania kopii odwołania przed upływem terminu na jego wniesienie.

W konsekwencji tego zaniechania odwołującego Izba jest zobligowana przepisem art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp do odrzucenia odwołania.

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

Izba oddaliła wniosek odwołującego o powołanie biegłego z dziedziny informatyki na okoliczność weryfikacji, w oparciu o logi serwera odwołującego oraz logi serwera zamawiającego, a także ustawienia serwera po stronie zamawiającego w oparciu o dane poczty elektronicznej nadawcy wiadomości Pani A. S. w celu ustalenia, czy odwołujący, przekazując w dniu 11 marca o godzinie 16:40 wiadomość mailową przekazał ją z załącznikiem zawierającym odwołanie, czy też do usunięcia tego załącznika doszło po stronie odbiorcy wiadomości, uznając, iż brak jest technicznych możliwości stwierdzenia, jak skonfigurowany był serwer zamawiającego, jak i stacja kliencka odwołującego w dniu 11 marca 2016 r. o godz. 16:37.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 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. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: