

Sygn. akt: KIO 94/12

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 23 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 23 stycznia 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **Hydrobudowa Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku przy ul. Grunwaldzkiej 135** w postępowaniu prowadzonym przez **Wodociągi Miejskie w Radomiu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, ul. Filtrowa 4**

przy udziale zgłaszających swoje przystąpienia: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum Firm IDS-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 136** i **SACK INVENT POLAND spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Buska 24** do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 94/12 po stronie zamawiającego

przy udziale zgłaszających swoje przystąpienia: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum Firm ENERGOPOL-POŁUDNIE Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu, ul. Jedności 2** i **Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMONT” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łańcucie, ul. Polna 3a** do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 94/12 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. odrzucić odwołanie **Hydrobudowa Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku przy ul. Grunwaldzkiej 135**
2. kosztami postępowania obciąża **Hydrobudowa Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku przy ul. Grunwaldzkiej 135** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Hydrobudowa**

**Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku przy ul. Grunwaldzkiej 135**  
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 2010 r. 113, poz. 759 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 **Radomiu**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 94/12**

## **U z a s a d n i e n i e**

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na budowę , rozbudowę, modernizację i przebudowę sieci wodociągowej oraz kanalizacji sanitarnej w wybranych rejonach i ulicach miasta Radomia przez zamawiającego Wodociągi Miejskie w Radomiu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, ul. Filtrowa 4 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 września 2011r. za numerem 2011/S 188-306941.

W dniu 3 stycznia 2012r. zamawiający przesłał wykonawcom faksem informację o wynikach postępowania , w tym informację o odrzuceniu Hydrobudowa Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku przy ul. Grunwaldzkiej 135 – zwanej dalej odwołującym Hydrobudowa Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku przy ul. Grunwaldzkiej 13, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) z uwagi na to, że odwołujący w przedmiarach robót nie uwzględnił zgodnie z dyspozycją punktu 24 ust. 8 opisu sposobu obliczenia ceny str. 21 IDW kosztów robót przygotowawczych, porządkowych, odtworzeniowych, opłaty za nadzory branżowe, nadzory prowadzone przez właścicieli sieci uzbrojenia terenu oraz wykonanie badań powykonawczych..

W dniu 13 stycznia 2012r. od godz. 18 do dnia 15 stycznia 2012r. do godz. 18 na elektronicznej skrzynce podawczej EPUAP trwała przerwa techniczna związana z pracami serwisowymi i skrzynka EPUAP nie była dostępna. O tym fakcie zamieszczono na portalu informację.

W dniu 13 stycznia 2012r. odwołujący o godz. 19:18 nadał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej faks zawierający pismo zatytułowane odwołanie, wraz z załącznikami. Transmisję faksową zakończono o godz. 20:06. W tym samym dniu tj. 13 stycznia 2012r. odwołujący nadał odwołanie listem poleconym priorytetowym za zwrotnym potwierdzeniem odbioru na adres Krajowej Izby Odwoławczej.

W dniu 15 stycznia 2012r. o godz. 19:19 odwołujący nadał odwołanie za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej EPUAP. Odwołanie drogą elektroniczną zostało podpisane przez pełnomocnika podpisem cyfrowym w okresie ważności certyfikatu. Pełnomocnik działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 stycznia 2012r. udzielonego przez członka zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji spółki, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Od odwołania uiszczono w dniu 12 stycznia

2012r. wpis w wymaganej wysokości. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 13 stycznia 2012r.

W dniu 17 stycznia 2012r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie odwołanie w formie pisemnej. Odwołanie zostało podpisane przez tego samego pełnomocnika, co odwołanie wniesione drogą elektroniczną.

W dniu 16 stycznia 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego w dniu 19 stycznia 2012r. (wpływ bezpośredni) przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm IDS-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 136 i SACK INVENT POLAND spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Buska 24. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że przystępuje po stronie zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, gdyż odwołanie odwołującego zmierza do unieważnienia czynności wyboru oferty zgłaszającego przystąpienie jako najkorzystniejszej, a ponadto w przypadku uwzględnienia zarzutów zawartych w odwołaniu może doprowadzić do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, co może spowodować pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia przez zgłaszającego przystąpienie. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych od łącznej reprezentacji lidera konsorcjum – IDS-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Lider działał w imieniu własnym oraz w imieniu partnera na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 października 2011r. udzielonego przez partnera i podpisanego przez prezesa zarządu partnera upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji partnera, zgodnie z odpisami z KRS dla obu spółek załączonymi do zgłoszenia.

Do postępowania odwoławczego w dniu 19 stycznia 2012r. (wpływ bezpośredni) przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm ENERGOPOL-POŁUDNIE Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu, ul. Jedności 2 i Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMONT” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łąncucie, ul. Polna 3a. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że przystępuje po stronie zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, gdyż zachodzi konieczność zapewnienia zgłaszającemu przystąpienie szansy na uzyskanie zamówienia publicznego. Jeśli Izba oddali odwołanie zostanie zachowany aktualny stan prawny postępowania, a o jego wyniku przesądzi sposób rozpatrzenia odwołania wniesionego przez zgłaszającego

przystąpienie w dniu 13 stycznia 2012r. Natomiast w przypadku uwzględnienia odwołania odwołującego Hydrobudowa Gdańsk, ten stan prawny zostanie wzruszony i jako najkorzystniejsza będzie mogła być wybrana co najmniej oferta odwołującego. Wskazał, na brak interesu prawnego Hydrobudowy Gdańsk we wniesieniu odwołania oraz na nieudowodnienie i bezzasadność zarzutów kierowanych w odwołaniu wobec oferty zgłaszającego przystąpienie. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 stycznia 2012r, udzielonego przez lidera konsorcjum – Energopol Południe SA w imieniu własnym i partnera i podpisanego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji Lidera oraz na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 27 października 2011r. udzielonego przez partnera liderowi i podpisanego przez prezesa zarządu partnera upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji partnera. (prawidłowość umocowania pełnomocnika podpisującego zgłoszenie zbadano z urzędu na podstawie dokumentów dołączonych do akt sprawy sygn. akt KIO 88/12). Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 19 stycznia 2012r.

Izba stwierdziła, że oba przystąpienia spełniają przesłanki przystąpienia określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje :**

Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po dniu 29 stycznia 2010 r., to jest po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym. Jednocześnie Izba ustaliła, że na podstawie art. 7 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w zw. z § 7 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238) i § 38 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280), do przedmiotowego odwołania mają zastosowanie przepisy wymienionych powyżej rozporządzeń.

Izba z urzędu na posiedzeniu niejawnym dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zgodnie z dyspozycją 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 sposobem określony w art. 27 ust. 2 ustawy w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp. Sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy to przekazanie informacji faksem lub drogą elektroniczną. W przedmiotowej sprawie, co obie strony zgodnie potwierdziły swoimi pismami informacja o odrzuceniu odwołującego została przesłana odwołującemu faksem w formie pisemnej w dniu 3 stycznia 2012r.

Ustawodawca w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy wskazał jako początek biegu terminu na wniesienie odwołania fakt przesłania informacji, a zatem początkiem biegu terminu jest data wysłania informacji. Dnia zdarzenia tj. dnia przesłania informacji nie wylicza się do 10 – dniowego terminu, zgodnie z art. 111§2 kc w związku z art. 14 ustawy. Tym samym termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 13 stycznia 2012r. (piątek) z upływem tego dnia (art. 111§ 1 kc w związku z art. 14 ustawy).

Z kolei odwołanie musi wpłynąć do Izby, czy to fizycznie w formie pisemnej na biuro podawcze Izby, czy w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu Zamówień Publicznych, najpóźniej z upływem 10 dnia od momentu przekazania informacji o czynności zamawiającego.

W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO drogą elektroniczną dnia 15 stycznia 2012 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Ustawodawca przewidział dwie alternatywne formy wniesienia odwołania drogą elektroniczną z podpisem cyfrowym albo w formie pisemnej. Odwołanie nadane w dniu 13 faksem nie spełnia żadnej z tych form. Faks nie zapewnia wymaganej przez przepis art. 78 §1 kc własnoręczności podpisu, a dokument w formie faksu jest jedynie kopią oryginału, mogącą co najwyżej spełnić warunki uprawdopodobnienia za pomocą pisma. Tym samym nie może być uznane za wniesienie w wymaganej ustawą ( art. 180 ust. 4 ustawy) wniesienie odwołania faksem. Ustawodawca nie przewidział jakiegokolwiek możliwości przywrócenia terminu na wniesienie odwołania, niezależnie od przyczyn, które spowodowały uchybienie terminowi na wniesienie odwołania, z tego względu powoływanie się na fakt zaistnienia przerwy technicznej na serwerze EPUAP w dniu 13 stycznia 2012r. od godz. 18 – tej nie może stanowić podstawy do konwalidowania czynności wniesienia odwołania. Odwołanie w wymaganej ustawą formie tj. drogą elektroniczną z bezpiecznym podpisem cyfrowym zostało

wniesione dopiero w dniu 15 stycznia 2012r., tj. w chwili kiedy upłynął już termin na wniesienie odwołania. Odwołujący miał do dyspozycji dziesięć dni terminu na wniesienie odwołania i działał na własne ryzyko decydując się na skorzystanie z drogi elektronicznej w ostatnim dniu terminu.

Również fakt nadania odwołania w placówce pocztowej w dniu 13 stycznia 2012r. nie pozwala na uznanie, że odwołanie zostało wniesione w terminie.

Izba wskazuje, że po nowelizacji Pzp dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Izby w terminie przewidzianym w Pzp. W przepisach Pzp po nowelizacji ustawy brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy Pzp w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji wyraźnie stanowiły, że: *„złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu”* (art. 184 ust. 2 zd. drugie Pzp). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie *„wniesienia odwołania”* z jego doręceniem. Z kolei dotrzymanie terminu wniesienia skargi na orzeczenie Izby przez złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego zostało wyraźnie w Pzp przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie Pzp), a zatem gdyby wolą ustawodawcy było przyjęcie możliwość wniesienia odwołania z zachowaniem terminu z chwilą złożenia go na poczcie, to i w art. 182 ustawy takie rozwiązanie by wprost wprowadził.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 15 stycznia 2012r.r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 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**

.....