

Sygn. akt: KIO/UZP 389/10

POSTANOWIENIE
z dnia 16 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Katarzyna Brzeska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 16 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 12 marca 2010 r. wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne „POMOT” Sp. z o.o., ul. Słowiańska 2, 74-500 Chojna**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kłodawa, ul. Gorzowska 40, 66-425 Kłodawa**

orzeka:

1. **Odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne „POMOT” Sp. z o.o. w Chojnie, 74-500 Chojna, ul. Słowiańska 2** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne „POMOT” Sp. z o.o. w Chojnie, 74-500 Chojna, ul. Słowiańska 2,**
 - 2) dokonać zwrotu kwoty 3 056 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Usługowo-Produkcyjnego „POMOT” Sp. z o.o. w Chojnie, 74-500 Chojna, ul. Słowiańska 2,**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Gorzowie Wielkopolskim**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Kłodawa – ul. Gorzowska 40, Kłodawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Dostawę fabrycznie nowego samochodu asenizacyjnego dla Gminy Kłodawa, woj. Lubuskie”.

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę 90.518,36 euro (347.500,00 zł), co wynika z protokołu postępowania i pisma Zamawiającego z dnia 17.03.2010 r. (w aktach sprawy).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 08.02.2010 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych, poz. 35608.

Odwołujący – Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne, „POMOT” Sp. z o.o., ul. Słowińska 2, 74-500 Chojna, reprezentowany przez adw. Jacka Lachowicza – Adwokaci s.c., ul. Podgórna 63, 70-205 Szczecin (pełnomocnictwo udzielone zgodnie z załączonym odpisem z KRS) wniósł odwołanie, które wpłynęło w dniu 12.03.2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (pismo z dnia 8.03.2010 roku, nadane listem poleconym w placówce operatora publicznego w dniu 8.03.2010 r.). Powyższe Odwołanie zostało również przekazane Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej za pośrednictwem faksu.

W odwołaniu Odwołujący zakwestionował decyzję Zamawiającego z dnia 01.03.2010 r. o wykluczeniu go z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący wskazał, że decyzja o wykluczeniu go z postępowania została mu doręczona w dniu 03.03.2010 r. (str. 6 odwołania). Z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego (potwierdzona za zgodność z oryginałem dokumentacja postępowania w aktach sprawy) wynika, że decyzja Zamawiającego (o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty) z dnia 01.03.2010 r. została przekazana Odwołującemu faksem w dniu 02.03.2010 r. („raport – potwierdzenie wysłania” faksu na numer Odwołującego podany w ofercie z wynikiem „OK” w aktach sprawy). Odwołanie w formie pisemnej zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12.03.2010 r.

Odwołujący do odwołania załączył dowód nadania kopii odwołania Zamawiającemu listem poleconym w placówce operatora publicznego w dniu 08.03.2010 r. Ponadto Odwołujący wskazał w odwołaniu, że kopię odwołania przekazał Zamawiającemu faksem w

dniu 08.03.2010 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 19.03.2010 r. pokreślił, iż nie zgadza się z zarzutami Odwołującego w zakresie wykluczenia Odwołującego oraz w konsekwencji odrzucenia jego oferty i dodatkowo zaznacza, iż nie otrzymał kopii odwołania faksem w dniu 08.03.2010 r. Zamawiający oświadczył, iż kopię odwołania otrzymał w dniu 10.03.2010 r., tzn. tuż po podpisaniu przez Zamawiającego umowy z wykonawcą, którego ofertę uznano w przedmiotowym postępowaniu za najkorzystniejszą. W dniu 11.03.2010 r. Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Pismem z dnia 15.03.2010 r. (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16.03.2010 r.) wykonawca Dobrowolski Sp. z o.o., 67-400 Wschowa, ul. Obrońców Warszawy 26 A przystąpił do przedmiotowego postępowania po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało zamieszczone w BZP w dniu 08.02.2010 r., to jest po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Zatem w oparciu o art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych ustawy nowelizującej do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania znajdują zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem wskazanych nowelizacji, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia publicznego jest dostawa, której wartość oszacowano na kwotę poniżej progów, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (poniżej tzw. „progów unijnych”).

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie w postępowaniu, którego wartość jest poniżej progów unijnych wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji - faksem lub drogą elektroniczną - o czynności

Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Odwołujący w treści odwołania przyznał, że informację o wyniku postępowania otrzymał w dniu 03.03.2010 roku, a z dokumentacji postępowania wynika, że w dniu 02.03.2010 r. zawiadomiono go drogą faksową (powyższa informacja została również wysłana listem poleconym) - zatem od dnia 02.03.2010 r. należy liczyć pięciodniowy termin na wniesienie odwołania, wskazany w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który upływał w dniu 08.03.2010 roku (z uwagi na to, że 07.03.2010 r. przypadła w niedzielę).

W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej w dniu 12.03.2010 r. (za pomocą faksu – wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 09.03.2010 r.- prezentata KIO) należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Po nowelizacji ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie (podobnie: postanowienie KIO z dnia 09.04.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 454/10). W przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych po jej nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 roku brak jest bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w dotychczasowym brzmieniu (sprzed nowelizacji) wyraźnie stanowiły iż „złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu” (art. 184 ust. 2 zd. drugie Prawa zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie „wniesienia odwołania” z jego doręczeniem. Dotrzymanie terminu wniesienia skargi na orzeczenie Izby przez złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego zostało wyraźnie w ustawie przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie Prawa zamówień publicznych po nowelizacji), co oznacza, że ustawodawca musiał zdawać sobie sprawę z konsekwencji takiej regulacji.

Na marginesie należy również dodać, iż zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Tym samym za niewystarczające w świetle obowiązujących przepisów ustawy jest wniesienie odwołania wyłącznie drogą faksową, ponieważ forma pisemna polega na złożeniu własnoręcznego podpisu przez osobę dokonującą czynności na dokumencie zawierającym jej oświadczenie woli.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 12.03.2010 roku jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje konicznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Z odwołania oraz dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, iż Odwołujący nadał kopię odwołania Zamawiającemu listem poleconym w placówce operatora publicznego w dniu 08.03.2010 r., która to wpłynęła do Zamawiającego w dniu 10.03.2010 r. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Skoro kopia odwołania wpłynęła do Zamawiającego w dniu 10.03.2010 r. można jednoznacznie stwierdzić, iż Zamawiający nie mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia. W przedmiotowym postępowaniu kopia odwołania dotarła do zamawiającego w dniu 10.03.2010 r., czyli już po upływie terminu na wniesienie odwołania. Mając powyższe na względzie nie można zatem uznać, iż przekazanie kopii odwołania nastąpiło jednocześnie z jego wniesieniem. Tym samym Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem ustawowego obowiązku przekazania kopii odwołania zamawiającemu i podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niezależnie od powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12.03.2010 r. jest odwołaniem wniesionym z naruszeniem przepisu ustawy i podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto Izba ustaliła także, iż przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawcy Dobrowolski Sp. z o.o., nie może być skuteczne ponieważ wniesione zostało z uchybieniem terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

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 (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy dotychczasowego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych, postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym.

.....