

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 9 kwietnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie: **Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 9 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 18 marca 2010 r. przez „**BEM-BUD**” Sp. z o.o., ul. **Kowalska 106, 51-424 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Pogotowie Ratunkowe we Wrocławiu, ul. Ziębicka 34/38, 50-507 Wrocław**

**orzeka:**

**1. odrzuca odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża „BEM-BUD” Sp. z o.o., ul. Kowalska 106, 51-424 Wrocław** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez „**BEM-BUD**” Sp. z o.o., ul. **Kowalska 106, 51-424 Wrocław** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **1 912 zł 00 gr** (słownie: tysiąc złotych dziewięćset dwanaście złotych zero groszy) przez „**BEM-BUD**” Sp. z o.o., ul. **Kowalska 106, 51-424 Wrocław** na rzecz **Pogotowia Ratunkowego we Wrocławiu, ul. Ziębicka 34/38, 50-507 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie pełnomocników **Pogotowia Ratunkowego we Wrocławiu, ul. Ziębicka 34/38, 50-507 Wrocław**

Stosownie do art. 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 we **Wrocławiu**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Pogotowie Ratunkowe we Wrocławiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą”, którego przedmiotem jest remont łącznika komunikacyjnego, magazynu leków i garażu Pogotowia Ratunkowego we Wrocławiu przy ul. Ziębickiej 34/38.

9 marca 2010 r. zamawiający za pośrednictwem faksu poinformował m. in. o wykluczeniu „BEM – BUD” Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu.

Wobec czynności wykluczenia wykonawca wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 87, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 i art. 92 ustawy. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: powtórzenie czynności badania i oceny (punktacji) ofert, równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji, nakazanie cofnięcia wadliwego wyniku postępowania.

**Badając odwołanie na posiedzeniu niejawnym, na podstawie załączonych do akt dokumentów oraz oświadczeń stron, Izba ustaliła i zważyła, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem ustawowego terminu na wykonanie tej czynności.**

Wartość zamówienia ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego wynosi 661.979,12 zł, co stanowi równowartość 172.435 euro. Jest zatem niższa od kwoty określonej na podstawie art. 11 ust.8 ustawy.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 10 lutego 2010 r. pod numerem 37946.

Informacja o wykluczeniu przesłana odwołującemu za pośrednictwem faksu została potwierdzona w formie pisemnej przez nadanie listu poleconego 9 marca 2010 r.

Odwołanie zostało wniesione pismem z 12 marca 2010 r. przez nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię odwołania 12 marca 2010 r. Natomiast odwołanie do Prezesa Izby wpłynęło 18 marca 2010 r.

Powyższe terminy zostały zgodnie przyznane przez strony i są między nimi bezsporne.

Bezsporne jest, że z uwagi na datę wszczęcia postępowania, w sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Art. 180 ust. 4 stanowi, że odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Natomiast zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy odwołanie wnosi się w terminie 5 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 10 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku, gdy wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Informację o wykluczeniu odwołujący powziął w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy.

Istotę sporu stanowi odpowiedź na pytanie, czy *de lege lata* dla zachowania terminu ustawowego umożliwiającego rozpoznanie zarzutów odwołania na rozprawie wystarczające jest nadanie go w placówce pocztowej operatora publicznego.

Na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej.

Art. 184 ust. 2 ustawy w brzmieniu sprzed nowelizacji stanowił, że odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, a jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 w terminie 5 dni jednocześnie przekazując kopię odwołania zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu.

Przywołany przepis stanowił, że termin na wniesienie odwołania będzie zachowany gdy do jego upływu odwołanie bądź wpłynie do Prezesa Urzędu, bądź zostanie nadane w placówce operatora publicznego. Nowelizacja likwidując instytucję protestu zniósła dualizm w zakresie zachowania terminu na wniesienie odwołania oraz wskazała nowego adresata odwołania – Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, powołanej do rozpoznawania odwołań.

W obecnym stanie prawnym termin ustawowy na wniesienie odwołania zostanie zachowany wyłącznie wtedy, gdy odwołanie w zakreślonym przepisem terminie wpłynie do Prezesa Izby. Trafnie podniósł odwołujący, że ustawa nie posługuje się w przywołanych przepisach art. 180 oraz 182 pojęciem „doręczenie”.

Wskazać też należy, że przepisy ustawy używają obecnie w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego oprócz pojęcia „wniesienie” dwóch pojęć: „przesłanie” w art. 180 ust. 5, art. 182, art. 185 ust. 1, art. 185 ust. 2 zd. 2 *in fine* oraz „doręczenie” w art. 185 ust. 2 zd. 2 *in initio* ustawy.

Wielość stosowanych pojęć, nie prowadzi jednak do przyjęcia, że termin przewidziany na wniesienie odwołania, nie jest terminem przewidzianym na jego doręczenie Prezesowi Izby.

W polskim systemie prawnym w odniesieniu do skuteczności złożenia oświadczenia woli, którym jest też odwołanie, regułą jest teoria doręczenia oparta o art. 61 § 1 k. c. Zgodnie z przywołanym przepisem oświadczenie woli uważa się za złożone z chwilą, gdy dotarło one do adresata w taki sposób, by mógł się zapoznać z jego treścią.

W prawie polskim istnieją wprawdzie wyjątki od zasady doręczenia, jednak zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae* nie podlegają one wykładni rozszerzającej.

Przykładem regulacji wyjątkowej, opartej o tzw. teorię wysłania, stanowi m. in. art. 165 § 2 kodeksu postępowania cywilnego, w myśl którego oddanie pisma procesowego w polskiej placówce operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu.

Uchylony art. 184 ust. 2 ustawy uosabiał obie teorie ustalenia momentu złożenia oświadczenia woli - wniesienia odwołania: regułą było ustalenie momentu złożenia odwołania w dacie wniesienia go do Prezesa Urzędu zgodnie z teorią doręczenia. Jako odstępstwo od reguły, znajdujące jednak szerokie zastosowanie w praktyce, przywoływany przepis ustalał, zgodną z teorią wysłania, możliwość zachowania terminu ustawowego przez nadanie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego.

Skoro zatem *de lege lata* przewidziana jest wyłącznie możliwość zachowania terminu przez wniesienie odwołania do Prezesa Izby, uznać należy, że przy interpretacji art. 180 ust. 4 oraz art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy zastosowanie znajdzie wyłącznie teoria doręczenia – t. j. ustawowy termin przewidziany na wniesienie odwołania będzie zachowany wyłącznie wtedy, gdy do jego upływu odwołanie wpłynie do Prezesa Izby.

Wbrew twierdzeniom odwołującego art. 165 § 2 k. p. c. nie znajdzie zastosowania w sprawie. Po pierwsze: art. 185 ust. 7 ustawy, stanowi, że do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Skoro ustawodawca kwestie zachowania terminu na wniesienie odwołania uregulował w ustawie, i to zgodnie ze stosowaną jako regułą w polskim systemie prawnym teorią doręczenia, oraz nie przewidział w tym zakresie żadnych wyjątków (odwrotnie, niż w przypadku zachowania terminu na wniesienie skargi ustalonym w art. 198b ust. 2 zd. 2 ustawy), to brak jest podstaw do stosowania art. 185 ust. 7 ustawy;

Po drugie: nawet w razie, gdyby zastosowanie art. art. 185 ust. 7 ustawy było dopuszczalne, z czym Izba się nie zgadza, to do rozważenia pozostawałoby, czy użycie w przywołanym przepisie słowa „odpowiednio” oznacza możliwość stosowania wyłącznie przepisów o sądzie polubownym, czy też pozwala na sięganie *via* art. 13 § 2 k. p. c., również do przepisów części ogólnej kodeksu postępowania cywilnego. Jedynie w drugim przypadku istniałaby możliwość sięgnięcia do art. 165 § 2 k. p. c.

Reasumując, odwołujący zachowałby termin na wniesienie odwołania, gdyby odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby do dnia 15 marca 2010 r. Tymczasem odwołanie nadane w placówce pocztowej operatora publicznego wpłynęło do Prezesa Izby 18 marca 2010 r., a więc po upływie terminu przewidzianego w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy

W przypadku stwierdzenia, że protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do wyniku postępowania zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy. Z przedstawionego spisu kosztów pełnomocników zamawiającego, Izba uwzględniła wyłącznie koszty dojazdu, z pominięciem wynagrodzenia oraz kosztów delegacji, gdyż jedynie w odniesieniu do nich został przedłożony do akt sprawy rachunek. Zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) możliwość zaliczenia do kosztów postępowania odwoławczego kosztów stron postępowania odwoławczego uzależniona jest od przedłożenia rachunków, w razie jego braku uwzględnienie kosztów poniesionych przez strony jest niedopuszczalne.

.....