

POSTANOWIENIE
z dnia 8 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec
Członkowie: Robert Skrzyszewski
Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 8 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2011 r. przez **Jacka Nygę oraz Marzenę Nygę prowadzących działalność gospodarczą pod wspólną firmą: TDC Polska s. c. Jacek Nyga, Marzena Nyga w Pile** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Rawa Mazowiecka – Urząd Miasta Rawa Mazowiecka w Rawie Mazowieckiej**

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Jacka Nygę oraz Marzenę Nygę prowadzących działalność gospodarczą pod wspólną firmą: TDC Polska s. c. Jacek Nyga, Marzena Nyga w Pile** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Jacka Nygę oraz Marzenę Nygę prowadzących działalność gospodarczą pod wspólną firmą: TDC Polska s. c. Jacek Nyga, Marzena Nyga w Pile** 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. Nr 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 Łodzi.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Dostawa, montaż i uruchomienie zewnętrznego ekranu LED oraz baneru reklamowego*” zostało wszczęte przez Gminę Miasto Rawa Mazowiecka – Urząd Miasta Rawa Mazowiecka w Rawie Mazowieckiej, zwaną dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 8 sierpnia 2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 235614-2011.

Zamawiający, zgodnie z informacją zawartą w dokumentacji postępowania, ustalił wartość zamówienia na kwotę 293 850,00 zł, co stanowiło równowartość kwoty 76 543,37 Euro. Kwota ta zawierała w sobie wartość przewidywanych robót uzupełniających.

Przed upływem terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły cztery oferty. Jedną z nich złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Jacek Nyga oraz Zenon Nyga, prowadzący działalność gospodarczą pod wspólną firmą TDC Polska s. c. Jacek Nyga, Zenon Nyga w Pile.

W dniu 24 sierpnia 2011 r. Zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Powołani Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie zostali wykluczeni z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a złożona przez nich oferta nie została odrzucona. Zgodnie z treścią pisma z dnia 24 sierpnia 2011 r. Zamawiający dokonał oceny tejże oferty, w wyniku której sklasyfikował ją na drugim miejscu.

W dniu 1 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w formie pisemnej w imieniu Jacka Nygi oraz Marzeny Nygi prowadzących działalność gospodarczą pod wspólną firmą: TDC Polska s. c. Jacek Nyga, Marzena Nyga w Pile. Odwołanie to podpisał Jan K., radca prawny. Do odwołania zostało załączone pełnomocnictwo dla Jana K. z dnia 29 sierpnia 2011 r. wystawione w imieniu Jacka Nygi oraz Zenona Nygi, prowadzących działalność gospodarczą pod wspólną firmą TDC Polska s. c. Jacek Nyga, Zenon Nyga w Pile, a podpisane przez Jacka Nygę.

Izba, uwzględniając powyższe ustalenia dokonane na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, uznała, iż rozpoznawane przez nią odwołanie należy odrzucić.

Wartość przedmiotu zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 293 850,00 zł, co stanowiło równowartość kwoty 76 543,37 Euro. Kwota ta jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, tj. od kwoty 193 000 Euro. Kwota ta jest właściwa, zgodnie z § 1 pkt 2 lit. a) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224 poz. 1795), dla dostaw udzielanych przez Zamawiających będących jednostkami samorządu terytorialnego. W ocenie Izby Zamawiający – Gmina Miasto Rawa Mazowiecka, jest jednostką samorządu terytorialnego. Kierując się tymi ustaleniami, Izba uznała, iż właściwymi dla oceny skuteczności wniesienia odwołania będą przepisy odnoszące się do przypadku, gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje Wykonawcom wyłącznie wobec literalnie wskazanych w tym przepisie czynności. Na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej dokonany w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z powołanym przepisem, Wykonawca może zatem wnieść odwołanie jedynie wobec czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu, albo też odrzucenia złożonej przez niego oferty. Jak ustaliła Izba oferta złożona przez Jacka Nygę oraz Zenona Nygę, prowadzących działalność gospodarczą pod wspólną firmą TDC Polska s. c. Jacek Nyga, Zenon Nyga w Pile nie została odrzucona, a oni sami nie zostali wykluczeni z udziału w postępowaniu. Przeciwnie, złożona przez nich oferta została przez Zamawiającego oceniona i sklasyfikowana na drugiej pozycji. Wobec powyższego, w ocenie Izby, uznać należy, iż odwołanie dotyczy czynności innych niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym wypełniona została przesłanka odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 6) ustawy Pzp.

Dalej, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania przez Zamawiającego informacji o czynności stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja ta została przesłana w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem m.in. faksem. W rozpoznawanej sprawie informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej, a tym samym o wynikach dokonanej przez Zamawiającego badania

i oceny ofert, została przesłana Wykonawcom w dniu 24 sierpnia 2011 r. za pośrednictwem faksu. Tym samym termin na wniesienie odwołania, liczony zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, upływał w dniu 29 września 2011 r. Tymczasem rozpoznawane odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 1 września 2011 r., tym samym po upływie przewidzianego prawem terminu, tj. po dniu 29 września 2011 r. W obecnie obowiązującym stanie prawnym, właściwym dla rozpoznawanej sprawy, za równoznaczne z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby nie można uznać złożenia tegoż odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego. Przyjęcie takiej tezy za prawdziwą było możliwe zgodnie z przepisem art. 184 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp w jego brzmieniu sprzed nowelizacji tej ustawy, dokonanej na mocy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Obecnie, wobec braku w ustawie Pzp, odpowiednich przepisów, umożliwiających przyjęcie, iż odwołanie nadane w placówce pocztowej operatora publicznego przed upływem terminu, zostało wniesione w terminie, w ocenie Izby, uniemożliwia uznania takiego stwierdzenia za uzasadnione. Szczególnie wobec treści art. 198b ust. 2 zdanie drugie, który taką możliwość dopuszcza w odniesieniu do skargi wnoszonej do sądu. Izba, uznała zatem, iż racjonalny ustawodawca, celowo zobowiązał Wykonawców do doręczania Prezesowi Izby odwołania w terminie, wyłączając jednocześnie uznanie za skuteczne samego nadania takiego odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego. Istotnym jest, aby odwołanie zostało faktycznie Prezesowi Izby doręczone. Tym samym, okoliczność złożenia rozpoznawanego odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 29 sierpnia 2011 r. (data stempla pocztowego), w ocenie Izby, nie jest istotna dla rozstrzygnięcia. Wobec powyższego, Izba uznała, iż odwołanie zostało wniesione po upływie określonego w ustawie terminu, tym samym wypełniona została przesłanka odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, iż ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do którego odnosi się rozpoznawane przez Izbę odwołanie, złożyło dwóch Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Jacek Nyga oraz Zenon Nyga, prowadzący działalność gospodarczą pod wspólną firmą TDC Polska s. c. Jacek Nyga, Zenon Nyga w Pile. Tymczasem odwołanie zostało wniesione w imieniu Jacka Nygi oraz Marzeny Nygi, prowadzących działalność gospodarczą pod wspólną firmą TDC Polska s. c. Jacek Nyga, Marzena Nyga w Pile. W ocenie Izby nie zachodzi tu tożsamość podmiotów, brak bowiem przesłanek, aby taką stwierdzić. Odwołanie zostało podpisane przez Jana K. Dołączone do odwołania pełnomocnictwo dla tej osoby zostało wystawione w imieniu Jacka Nygi oraz Zenona Nygi, prowadzących działalność gospodarczą pod wspólną firmą TDC Polska s. c. Jacek Nyga, Zenon Nyga w Pile. Izba nie jest władna

przyjąć wbrew literalnej treści odwołania, iż grono podmiotów w imieniu, których wniesione zostało rozpoznawane odwołanie, jest inne, aniżeli wyraźnie w tym odwołaniu wskazane. Wobec powyższego Izba uznała, iż Jan K., nie był umocowany do podpisania odwołania wniesionego w imieniu Jacka Nygi oraz Marzeny Nygi, prowadzących działalność gospodarczą pod wspólną firmą TDC Polska s. c. Jacek Nyga, Marzena Nyga w Pile. Wobec powyższego, Izba uznała, iż odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, tym samym wypełniona została przesłanka odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba postanowiła odrzucić rozpoznawane odwołanie.

Niezależnie od powyższego Izba ustaliła, iż w dniu 7 września 2011 r. Wykonawca: Polinvest Sp. z o.o. w Toruniu doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Izba ustaliła, na podstawie akt sprawy, iż Zamawiający informację o wniesionym odwołaniu wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dniu 31 sierpnia 2011 r. Tym samym termin przewidziany na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upływał w dniu 3 września 2011 r. Wobec faktu, iż Wykonawca: Polinvest Sp. z o.o. w Toruniu doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 7 września 2011 r., Izba uznała, iż nie dochował on przewidzianego prawem terminu. W odniesieniu do czynności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, podobnie bowiem jak w odniesieniu do czynności wniesienia odwołania, w ustawie Pzp brak odpowiednich przepisów, umożliwiających przyjęcie, iż zgłoszenie takie, nadane w placówce pocztowej operatora publicznego przed upływem terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, zostało wniesione w terminie. Tym samym, okoliczność złożenia zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 2 września 2011 r. (data stempla pocztowego), w ocenie Izby, nie jest istotna w rozpoznawanym przypadku. Dlatego też Izba uznała, iż Wykonawca: Polinvest Sp. z o.o. w Toruniu nie doręczył zgłoszenia przystąpienia do postępowania w sposób skuteczny, a tym samym nie uzyskał statusu uczestnika postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy

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:

Członkowie:

.....