

Sygn. akt: KIO 1357/11

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 1 lipca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 1 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2011 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego Spółkę Akcyjną Kalisz z siedzibą w Kaliszu, ul. Noskowska 3-5** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Żelazna 59 Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a**

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum Firm POL-DRÓG Piła spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pile, ul. Wawelska 106 i Zakładu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Bystrzycka 24 zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1357/11 po stronie odwołującego

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grawil Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku, ul. Komunalna 7 i Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego „DROGOMOST” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żabnie 2A zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1357/11 po stronie odwołującego

**postanawia:**

1. odrzucić odwołanie **Przedsiębiorstwa Budownictwa Drogowego Spółki Akcyjnej Kalisz z siedzibą w Kaliszu, ul. Noskowska 3-5**

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego Spółkę Akcyjną Kalisz z siedzibą w Kaliszu, ul. Noskowska 3-5** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego Spółkę Akcyjną Kalisz z siedzibą w Kaliszu, ul. Noskowska 3-5** 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 **Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

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

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie województwa wielkopolskiego, dla których zarządcą jest Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Żelazna 59 Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 kwietnia 2011r. za numerem 2011/S 76-124758.

W dniu 14 czerwca 2011r. zamawiający poinformował faksem o wynikach postępowania i o wyborze oferty najkorzystniejszej w ramach części IV zamówienia tj. Rejonu w Koninie oraz o unieważnieniu postępowania w pozostałych częściach tj. I – Rejon w Chodzieży, II – Rejon w Gnieźnie, III – Rejon w Kaliszu i Kępnie, V – Rejon w Lesznie, VI – Rejon w Nowym Tomysłu i VII – Rejon w Środzie Wielkopolskiej na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 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 ceny złożonych w tych częściach ofert przekraczają kwoty, które zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W dniu 24 czerwca 2011r. odwołujący – Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego Spółka Akcyjna Kalisz w Kaliszu nadał w placówce pocztowej operatora publicznego odwołanie od czynności unieważnienia postępowania w ramach części 3 – Rejon w Kaliszu i Kępnie. Odwołanie to wpłynęło do Izby w dniu 27 czerwca 2011r. Zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta upoważnionych do łącznej reprezentacji odwołującego, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 24 czerwca 2011r.

W dniu 27 czerwca 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu.

W dniu 29 czerwca 2011r. faksem, a w dniu 30 czerwca 2011r. bezpośrednio do postępowania po stronie odwołującego przystąpiło Konsorcjum Grawil Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku, ul. Komunalna 7 i Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego „DROGOMOST” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żabnie 2A wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż w

unieważnienia postępowania we wszystkich częściach poza IV godzi w interesy pozostałych wykonawców, w tym zgłaszającego przystąpienie, który złożył ofertę najkorzystniejszą w części VI zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 maja 2011r. udzielonego przez lidera konsorcjum, zgodnie z zasadami reprezentacji Lidera ujawnionymi w KRS z którego odpis załączono do zgłoszenia. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 maja 2011r. podpisanego przez partnera.

Izba uznała, że przesłanki z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy zostały przez przystępującego spełnione.

W dniu 30 czerwca 2011r. do postępowania po stronie odwołującego przystąpiło Konsorcjum Firm POL-DRÓG Piła spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pile, ul. Wawelska 106 i Zakładu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Bystrzycka 24 wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż w unieważnienia postępowania we wszystkich częściach poza IV godzi w interesy pozostałych wykonawców, w tym zgłaszającego przystąpienie, który złożył ofertę najkorzystniejszą w części I i V zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez prokurenta (upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji pełnomocnika, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia) pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 czerwca 2011r. udzielonego przez lidera konsorcjum i podpisanego przez dwóch członków zarządu. Kopia przystąpienia, według oświadczenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu.

Izba uznała, że przesłanki z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy zostały przez przystępującego spełnione.

W dniu 30 czerwca 2011r. listem poleconym do postępowania po stronie odwołującego przystąpiło Konsorcjum DROMAK spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zduńskiej Woli, ul. Poręby 28B, SIDROG spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Błaszczkach, ul. Polna 29, T.K. EKO\_BUD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krapkowicach, ul. Cegielniana 31 i Tadeusza Badery prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Badera” Firma Produkcyjno–Usługowo-Handlowa w Rudnikach, Dalachów 354 wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego i wnosząc o oddalenie odwołania. Zgłaszający przystąpienie stwierdził, że ma interes, który może jedynie urzeczywistnić się w kolejnym postępowaniu, a to zamawiający prawidłowo unieważnił. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie

pełnomocnictwa z dnia 28 czerwca 2011r. udzielonego przez lidera konsorcjum, zgodnie z zasadami reprezentacji Lidera ujawnionymi w EDG z którego odpis załączono do zgłoszenia. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 maja 2011r. podpisanego przez partnerów. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem.

Izba uznała, że zgłoszenie przystąpienia nie spełnia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, gdyż zgłaszający nie posiada interesu w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego. Izba stwierdza, że korzyść z rozstrzygnięcia musi dotyczyć danego postępowania, a nie być wywodzona z potencjalnych korzyści, jakie wykonawca może odnieść w kolejnym odwołaniu.

**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 w sposób 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.

Informacja o unieważnieniu postępowania w ramach części 3 została przekazana odwołującemu faksem w dniu 14 czerwca 2011r (sam odwołujący przyznał to w odwołaniu). Termin na wniesienie odwołania upłynął zatem dnia 24 czerwca 2011 r. (piątek – dzień roboczy).

W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 27 czerwca 2011r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

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 doręczeniem. 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 27 czerwca 2011r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba stwierdza, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu.

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**

.....