

Sygn. akt: KIO/1188/10

POSTANOWIENIE
z dnia 23 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 23 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 14 czerwca 2010r. przez **Lumena S.A., ul. Reja 6, 02-053 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*realizację usługi katalogowej Active Directory dla Państwowej Inspekcji Pracy*” od czynności zamawiającego, którym jest **Państwowa Inspekcja Pracy Główny Inspektorat Pracy, ul. Krucza 38/42, 00-926 Warszawa**

przy udziale **Bonair S.A., ul. Rzymowskiego 34, 02-697 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzucić odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciążyć **Lumena S.A., ul. Reja 6, 02-053 Warszawa** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczony przez **Lumena S.A., ul. Reja 6, 02-053 Warszawa**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do treści art. 198 a i art. 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Państwowa Inspekcja Pracy Główny Inspektorat Pracy, ul. Krucza 38/42, 00-926 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*realizację usługi katalogowej Active Directory dla Państwowej Inspekcji Pracy*”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Na podstawie akt sprawy, dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez Zamawiającego, odwołania, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego biorąc pod uwagę przyznane i wskazane przez Strony w pismach okoliczności, Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie wszczęto po dniu 29 stycznia 2010 r., tym samym, do niniejszego odwołania w oparciu o art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych ustawy nowelizującej, stosuje się przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778 z dnia 29 grudnia 2009).

W dniu 01 czerwca 2010 r. Zamawiający zawiadomił faksem wnoszącego odwołanie, o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu (dowód: zawiadomienie zamawiającego o wykluczeniu z udziału w postępowaniu, dowód nadania w dniu 1 czerwca 2010 roku 2 stron faksu pod nr Odwołującego 0225765501, zawierający raport z transmisji „OK” oraz oświadczenie Odwołującego zawarte w odwołaniu, iż ww. zawiadomienie otrzymał w dniu 1 czerwca 2010r.).

W dniu 14 czerwca 2010r. (data uwidoczniła na prezentacji Krajowej Izby Odwoławczej na odwołaniu), do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej odwołanie Lumena S.A., ul. Reja 6, 02-053 Warszawa, zwanego dalej „Odwołującym” od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu. Odwołanie zostało nadane w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 11 czerwca 2010 r. oraz faksem w tym samym dniu.

Zamawiający otrzymał kopię odwołania w dniu 11 czerwca 2010 r. Zamawiający przesłał kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu oraz wezwał ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego dnia 11 czerwca 2010 r.

W dniu 14 czerwca 2010 roku wykonawca Bonair S.A., ul. Rzymowskiego 34, 02-697 Warszawa doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca Bonair S.A., ul. Rzymowskiego 34, 02-697 Warszawa skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła również, iż odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba z urzędu odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W myśl znajdującego zastosowanie dla ustalenia terminu na wnoszenie odwołania w niniejszym przypadku art. 182 ust. 1 pkt 1 *in initio* 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 Pzp.

Jedną z dopuszczalnych w art. 27 ust. 2 Pzp form komunikacji zamawiającego z wykonawcami jest przesyłanie informacji faksem. Zamawiający, zgodnie z art. 27 ust 1 ustawy Pzp dopuścił w niniejszym postępowaniu możliwość porozumiewania się faksem (pkt VI. 3. 9 ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2010/S 68-102090). Zamawiający informację o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania przesłał Odwołującemu faksem w dniu 01 czerwca 2010r. (dowód: zawiadomienie zamawiającego o wykluczeniu z udziału w postępowaniu, dowód nadania w dniu 1 czerwca 2010 roku 2 stron faksu pod nr Odwołującego 0225765501, zawierający raport z transmisji „OK”, znajdujące się w aktach sprawy), zaś Odwołujący potwierdził w treści odwołania, iż w tej dacie powziął wiadomość o wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Tym samym, dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania upływał w dacie 11 czerwca 2010r. Natomiast odwołanie zostało wniesione do Prezesa Izby w formie pisemnej w dniu 14 czerwca 2010r.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że ustawa Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacją z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw nie wiąże żadnych skutków z nadaniem odwołania w placówce operatora publicznego ani z nadaniem odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faksu.

Po rzeczonyj nowelizacji, dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. W przepisach Prawa zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 roku brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy Prawa 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. Potwierdzeniem słuszności powyżej zaprezentowanej interpretacji jest odmienne od regulacji dotyczącej terminu na wniesienie odwołania, uregulowanie tego terminu na wniesienie skargi do Sądu, gdzie kwestia dotrzymania terminu do wniesienia skargi na orzeczenie Izby związana jest z jej złożeniem w placówce pocztowej operatora publicznego, co zostało wyraźnie w ustawie przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie Prawa zamówień publicznych po nowelizacji). Powyższe oznacza, że ustawodawca dla skutecznego wniesienia odwołania zastrzegł wyraźnie doręczenie odwołania w ustawowym terminie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Podkreślić również należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie wiąże żadnych skutków prawnych z wniesieniem odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faksu. Zgodnie bowiem z art. 180 ust.4 ustawy Pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Bezskuteczność wnoszenia odwołania do Prezesa KIO w formie faksu wynika również z treści §7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), zgodnie z którym korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony do Izby może być przesyłana faksem, jednakże nie dotyczy to wniesienia odwołania.

W ocenie Izby wniesienia odwołania w formie faksu nie można również rozpatrywać w kategoriach odwołania obarczonego brakami formalnymi podlegającymi usunięciu w trybie art. 187 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, w szczególności o których mowa w art. 180 ust. 3, niezłożenia pełnomocnictwa lub nieuiszczenia wpisu, Prezes Izby wzywa odwołującego pod rygorem zwrócenia odwołania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania lub złożenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. W ocenie Izby, z treści powołanego przepisu wynika, że ustawodawca wśród przesłanek które obligowałyby Prezesa KIO do wezwania do usunięcia braków formalnych odwołania ustawodawca nie wymienił niezachowania wymaganej zgodnie z art. 180 ust. 4 ustawy Pzp formy odwołania. Na prawidłowość powyższej interpretacji wskazuje również analiza treści przepisu §9 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, albowiem wśród braków formalnych odwołania podlegających uzupełnieniu w tym trybie nie wymieniono niezachowania wymaganej zgodnie z art. 180 ust. 4 ustawy i §7 ww. Rozporządzenia formy odwołania.

Tak więc za datę wniesienia odwołania w niniejszej sprawie należy uznać dzień 14 czerwca 2010r. – tj. datę wniesienia odwołania do Prezesa KIO w formie pisemnej, a nie dzień nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego ani dzień przesłania odwołania do Prezesa KIO faksem.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 14 czerwca 2010 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Na powyższe ustalenia nie ma wpływu, że kopię odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 11 czerwca 2010 roku, a więc w terminie do wniesienia odwołania.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:

.....