

Sygn. akt: KIO 510/13

POSTANOWIENIE
z dnia 13 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron **w dniu 13 marca 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 06 marca 2013 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Agora" Sp. z o.o., ul. 12 Marca 188, 84-200 Wejherowo** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Wejherowo, pl. Jakuba Wejhera 8, 84-200 Wejherowo**

orzeka:

- 1. odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Agora" Sp. z o.o., ul. 12 Marca 188, 84-200 Wejherowo** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Agora" Sp. z o.o., ul. 12 Marca 188, 84-200 Wejherowo** 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) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 510/13

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

Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” którego przedmiotem jest: *„Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasta Wejherowa z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.”* Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 035-55670 z dnia 19.02.2013 r.

Zgodnie z informacją z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Gminę Miasto Wejherowo, pl. Jakuba Wejhera 8, 84-200 Wejherowo zwaną dalej: *„Zamawiającym”* do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 510/13 wartość zamówienia oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 19.02.2013 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu oraz postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: *„SIWZ”*. Powyższe okoliczności znajdują potwierdzenie w dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 510/13 w dniu 12.03.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO).

W dniu 06.03.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Agora" Sp. z o.o., ul. 12 Marca 188, 84-200 Wejherowo zwane dalej: *„Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Agora" Sp. z o.o.”* albo *„Odwołującym”* wniosło odwołanie na podstawie art. 182 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” wobec postanowień SIWZ. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 01.03.2013 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego).

Zamawiający w dniu 04.03.2013 r. zamieścił na stronie internetowej kopie odwołania oraz wezwanie w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Do dnia 07.03.2013 r. włącznie żadne przystąpienia do postępowania odwoławczego nie miały miejsca.

Zamawiający w dniu 11.03.2013 r. (faxem) przesłał na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 7 Pzp wniosek o odrzucenie odwołania. Wskazał na upływ terminu do wniesienia odwołania

oraz nie przesłanie Zamawiającemu kopii odwołania przez Odwołującego. Stwierdził, że Zamawiający wszczął postępowanie w dniu 14.02.2013 r. poprzez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S 035 – 055670 w dniu 19.02.2013 r. W tym samym dniu zostało niniejsze ogłoszenie zamieszczone w jego siedzibie, w miejscu publicznie dostępnym oraz na jego stronie internetowej (www.bip.wejherowo.pl), na której od dnia 19.02.2013 r. udostępnił również SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu termin na wniesienie odwołania wobec treści postanowień SIWZ upływał 01.03.2013 r. Z otrzymanej przez Zamawiającego faxem w dniu 08.03.2013 r. informacji z Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że odwołanie zostało doręczone do Prezesa KIO po upływie terminu określonego w ustawie, tj. dnia 06.03.2013 r. Zgodnie z treścią art. 189 ust. 2 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi m. in., że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie /art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp/. Powyższe znajduje uzasadnienie w orzecznictwie KIO (np.: postanowienie KIO z dnia 26.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 529/10: *„Od dnia wejścia w życie nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r. ustawy – Prawo zamówień publicznych dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. W przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) 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.”*). Ponadto, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli kopia odwołania nie zostanie przekazana Zamawiającemu. W myśl art. 180 ust.3 Pzp odwołanie powinno wskazywać czynności lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Elementem składowym odwołania są także pełnomocnictwo uprawniające osoby po stronie Wykonawcy do podpisania i wniesienia odwołania, potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania, dowody stanowiące podstawę formułowania zarzutów i żądań w odwołaniu. Tymczasem Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp całej treści odwołania, tj. nie przekazał kopii pełnomocnictwa oraz kopii uiszczenia wpisu od odwołania.

W dniu 12.03.2013 r. mocą postanowienia został wyznaczony termin posiedzenia z udziałem stron z możliwością skierowania odwołania do rozpoznania na odwołanie celem m.in. skonfrontowania tez Zamawiającego ze stanowiskiem Odwołującego.

W dniu 12.03.2013 r. Zamawiający przesłał (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) dokumentację postępowania o zamówienie publiczne do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 510/13. Na jej podstawie Izba uznała, że istnieją

podstawy do zniesienia terminu oraz wydania postanowienia o odrzuceniu odwołania na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

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. 2 pkt 1 Pzp.

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Izba podnosi, że zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień SIWZ, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust. 8.

Z treści odwołania, wniosku Zamawiającego z dnia 11.03.2013 r. oraz z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 510/13 w dniu 12.03.2013 r. wynika, że tak ogłoszenie o zamówieniu, jak i postanowienia SIWZ zostały upublicznione na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 19.02.2013 r. W konsekwencji termin na wniesienie odwołania na postanowienia SIWZ upływał w dniu 01.03.2013 r.

W rezultacie powyższe odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO - w dniu 06.03.2013 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Jednocześnie, Izba zauważa, 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 KIO w terminie przewidzianym w Pzp. W przepisach Pzp po jej nowelizacji brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa KIO. 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), co prowadzi do wniosku, że ustawodawca zdawał sobie sprawę z konsekwencji takiej regulacji. Gdyby bowiem wolą ustawodawcy było przyjęcie możliwości wniesienia odwołania z zachowaniem terminu z chwilą złożenia go na poczcie, to i w art. 182 Pzp takie rozwiązanie by wprost wprowadził. Podobnie Izba podniosła w postanowieniu KIO z dnia 14.03.2012 r., sygn. akt: KIO 448/12, jak również w orzecznictwie Sądów Okręgowych, w którym wskazuje się, iż złożenie pisma w placówce pocztowej operatora publicznego nie jest jednoznaczne z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (por. SO we Wrocławiu X Ga sygn. akt 254/10 z dnia 16.11.2010 r., SO w Łodzi sygn. akt X Ga 311/10 z 26.11.2010.r).

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 06.03.2013 r., a nie 01.03.2013 r. (w tym dniu Odwołujący złożył odwołania w placówce pocztowej – zgodnie z datą na stemplu pocztowym), jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

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

Odnosnie wnioskowanej przez Zamawiającego drugiej podstawy do odrzucenia odwołania, Izba nie podzieliła zaistnienia podstawy z art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp. Z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 510/13 wynika, że kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu w dniu 01.03.2013 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Brak załączenia do kopii odwołania przesłanej Zamawiającemu kopii pełnomocnictwa oraz kopii uiszczenia wpisu od odwołania nie stanowi podstawy do uznania nie przesłania kopii odwołania w całości. Izba wskazuje, że niniejsze załączniki do odwołania mają charakter formalny, nie merytoryczny, podlegający ocenie przez Prezesa KIO oraz skład orzekający Izby, a nie Zamawiającego. W żaden sposób nie wpływają na merytoryczną treść odwołania i nie wnoszą żadnych okoliczności dodatkowych do zarzutów zawartych w odwołaniu. Zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp obowiązkiem Odwołującego jest przekazanie Zamawiającemu kopii odwołania w ten sposób aby mógł on zapoznać się z jego treścią. Przepis ten odgrywa istotną rolę w postępowaniu odwoławczym. Na podstawie przekazanej kopii odwołania Zamawiający może opracować odpowiedź na odwołanie, rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów w całości (art. 186 ust. 1 i 2 Pzp). Inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu, po analizie przesłanej przez Zamawiającego kopii odwołania, mogą podjąć decyzję o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 Pzp). Przepis art. 180 ust. 5 Pzp nie precyzuje co należy rozumieć przez pojęcie „kopia odwołania”, lecz nie ulega wątpliwości iż chodzi tu o zgodność merytoryczną obu dokumentów, a więc przekazanie Zamawiającemu i Izbie informacji o tej

samej treści. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, w celu ustalenia pojęcia treści odwołania, należy posiłkować się przepisem art. 180 ust. 3 Pzp i § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, które wymieniają zasadnicze elementy odwołania. Zgodnie z przywoływanymi przepisami odwołanie zawierać musi między innymi:

- a) przedstawienie zarzutów,
- b) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania,
- c) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Ponieważ określenie zarzutów, żądania co do sposobu rozstrzygnięcia, wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania „tworzy” treść odwołania, to stwierdzić należy, że przesłana Zamawiającemu kopia odwołania nie różniąca się co do istotnej treści od odwołania wniesionego do Prezesa KIO oznacza, iż Odwołujący uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 180 ust. 5 Pzp., albowiem przekazał Zamawiającemu kopii odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią. Podobnie w postanowieniu KIO z dnia 11.01.2013 r., sygn. akt: 2895/12.

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 lit. a 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).

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. pierwsze Pzp oraz § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280 z późn. zm.) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....