

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 28 czerwca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 28 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

**1. Piotr Wypychowski Firma Budowlana Piotr Wypychowski, Borówiec, ul. Zakątek 2, 62-023 Gądki, 2. Tomasz Kościelski Agro-Techrol Tomasz Kościelski, ul. Szpitalna 9, 51-311 Kostomłoty, w postępowaniu prowadzonym przez Ośrodek Hodowli Zarodowej „Głogówek” Sp. z o.o., ul. Fabryczna 2b, 48-250 Głogówek,**

**orzeka:**

**1. odrzuca odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Piotr Wypychowski Firma Budowlana Piotr Wypychowski, Borówiec, ul. Zakątek 2, Gądki 62-023, 2. Tomasz Kościelski Agro-Techrol Tomasz Kościelski, ul. Szpitalna 9, 51-311 Kostomłoty i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Piotr Wypychowski Firma Budowlana Piotr Wypychowski, Borówiec, ul. Zakątek 2, Gądki 62-023, 2. Tomasz Kościelski Agro-Techrol

Tomasz Kościelski, ul. Szpitalna 9, 51-311 Kostomłoty, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, 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 Opolu.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Ośrodek Hodowli Zarodowej „Głogówek” Sp. z o.o. w Głogówku, zwany „Ośrodkiem”, prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia na realizację zadania inwestycyjnego - budowę fundamentów pod silosy do magazynowania zboża i rzepaku oraz budowę wiaty i urządzeń magazynowych z podłączeniem do istniejącej oczyszczalni i suszarni na terenie położonym w miejscowości Rzepcze, dz. nr 29/8 k,m.1.

Ośrodek zamieścił ogłoszenie o pisemnym przetargu nieograniczonym na realizację wskazanego zadania inwestycyjnego na swojej stronie internetowej [www.hodowlaglogowek.com.pl](http://www.hodowlaglogowek.com.pl) oraz przez wywieszenie w siedzibie spółki i w Urzędzie Gminy Głogówek.

Pomimo, że w ogłoszeniu posłużono się określeniami „zamawiający”, „przetarg nieograniczony”, „specyfikacja istotnych warunków zamówienia”, wskazano, że postępowanie przetargowe nie podlega przepisom ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej w uzasadnieniu „ustawą”. Podano również, że zamawiający zastrzega sobie dodatkowo prawo do unieważnienia przetargu bez podania przyczyny; dodatkowych negocjacji z wybranymi oferentami.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej „siwz”, przekazanej Izbie przez stronę odwołującą faksem w dniu 22 czerwca 2012 r., podano z kolei, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W rozdziale XV wskazano, że w postępowaniu mają zastosowanie przepisy działu VI ustawy „Środki ochrony prawnej”. W rozdziale XXV Postanowienia końcowe - potwierdzono zastosowanie przepisów ustawy, a w końcowym zdaniu podano, że przepisy ustawy nie mają zastosowania.

W piśmie wniesionym do Prezesa Izby faksem w dniu 22.06.2012 r. Ośrodek wskazał, że przetarg nieograniczony na roboty budowlane nie został ogłoszony w BZP, gdyż zamawiający nie podlega przepisom ustawy (nie należy do podmiotów wymienionych w art. 3 ustawy). Wartość zamówienia wynosi 2 682 623,00 zł brutto, tym samym nie jest równa i nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Jednocześnie Ośrodek podał, że pismo zamawiającego z dnia 06.06.2012 r. znak L.dz. OHZ/1594/2012 stanowiące podstawę wniesienia odwołania zostało przesłane wykonawcom drogą elektroniczną w dniu 06.06.2012 r., a nadto również w tym samym dniu drogą pocztową. Ośrodek nie załączył potwierdzenia przekazania pisma drogą

elektroniczną z uwagi na automatyczne usunięcie z bazy wiadomości wysłanych, załączył natomiast kserokopię dowodu nadania przesyłki na adres: Agro-Techrol Tomasz Kościelski i Firma Budowlana Piotr Wypychowski, w dniu 06.06.2012 r.

W dniu 19 czerwca 2012 r. w formie pisemnej, wymaganej, jako jednej z dwóch form na podstawie art. 180 ust. 4 ustawy, przedsiębiorca Piotr Wypychowski, Firma Budowlana Piotr Wypychowski, wniósł odwołanie do Prezesa Izby wskazując w oznaczeniu strony odwołującej również przedsiębiorcę Tomasza Kościelskiego Agro-Techrol Tomasz Kościelski. W odwołaniu odwołujący podał podstawę wniesienia odwołania art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy (odrzucenie oferty odwołującego), natomiast jako czynność zamawiającego podlegającą zaskarżeniu - art. 93 ust. 1 ustawy i art. 70<sup>3</sup> w zw. z art. 70 Kodeksu cywilnego (przepis art.70<sup>3</sup> § 2 kc został wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu). Odwołanie dotyczy czynności unieważnienia postępowania, o której Ośrodek zawiadomił odwołujących pismem z dnia 06.06.2012 r., znak L.dz. OHZ/1594/2012, powołując się na ogłoszenie o zamówieniu z dnia 25.04.2012 r. L.dz. OHZ/1158/2012, w którym zastrzeżono „zarówno prawo zamknięcia przetargu na każdym etapie bez dokonania wyboru (art. 70<sup>3</sup> § 2 kc), jak i też unieważnienia przetargu bez podania przyczyny”.

Prezes Izby wezwał odwołującego do przesłania pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum (pismo z dnia 21.06.2012 r.). Odwołujący wniósł pismo w dniu 22 czerwca 2012 r. załączył pełnomocnictwo z datą jego wystawienia (udzielenia) w dniu 21 czerwca 2012 r. Z pełnomocnictwa wynika, że Tomasz Kościelski Agro-Techrol Tomasz Kościelski udzielił pełnomocnictwa liderowi konsorcjum Piotrowi Wypychowskiemu, Firma Budowlana Piotr Wypychowski do reprezentowania wykonawcy jako konsorcjanta w postępowaniu nr KIO 1281/12 przed Krajową Izbą Odwoławczą.

#### **Izba stwierdziła, co następuje.**

Odwołanie podlega odrzuceniu przede wszystkim na podstawie przepisów art. 189 ust. 2 pkt 2, 3 i 6 ustawy.

Nie ulega wątpliwości, że skoro zamawiający przekazał odwołującym drogą elektroniczną zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w dniu 6 czerwca 2012 r. termin na wniesienie odwołania, ze względu na wartość zamówienia, upłynął w dniu 11 czerwca 2012 r. zgodnie z przepisem art. 182 ust. 1 pkt 2 (część pierwsza) ustawy. Skoro zamawiający nie przedstawił dowodu przesłania informacji o unieważnieniu postępowania w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy, należało przyjąć termin na wniesienie odwołania ustalony zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 (część druga) ustawy, tj. 10 dni od przesłania informacji w inny sposób niż wskazany w art. 27 ust. 2 ustawy. Zamawiający przedstawił dowód przesłania informacji drogą pocztową w dniu 06.06. 2012 r., więc 10-dniowy termin

na wniesienie odwołania upłynął w dniu 16 czerwca 2012 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Izby w formie właściwej (wymaganej przepisami ustawy) w dniu 19 czerwca 2012 r., a więc po upływie ustawowego terminu. Izba wskazuje, że przepis art. 180 ust. 4 ustawy stanowi, że odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, co wyklucza skuteczne wniesienie odwołania faksem lub drogą mailową.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych określają termin na wniesienie odwołania, a jednocześnie ustanawiają zamknięty katalog form, w jakich może zostać odwołanie wniesione. Przepis 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 pocztowej operatora publicznego było równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu. Przywołany przepis stanowił, że termin na wniesienie odwołania zostanie zachowany, gdy do jego upływu, odwołanie wpłynie do Prezesa Urzędu, bądź zostanie nadane w placówce pocztowej operatora publicznego. Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych zniósła dualizm w zakresie zachowania terminu na wniesienie odwołania oraz wskazała adresata odwołania - Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W aktualnym stanie prawnym termin ustawy na wniesienie odwołania zostanie zachowany wyłącznie wtedy, gdy odwołanie w określonym terminie wpłynie do Prezesa Izby. Odwołujący zachowałby termin na wniesienie odwołania w przypadku, gdyby odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej najpóźniej w dniu 16 czerwca 2012 r., a nie w dniu 19 czerwca 2012 r. Przesyłka adresowana do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej została przyjęta przez „Pocztex” (stempel placówki - Poznań 2 16.06.2012.24) w dniu 16 czerwca 2012 r. o godzinie 21:03. Zatem, odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, co wyczerpuje przesłankę z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W postępowaniu, gdzie brało udział dwóch wykonawców, odwołanie wniósł jeden z przedsiębiorców, tj. Piotr Wypychowski Firma Budowlana Piotr Wypychowski, gdyż w dniu wniesienia odwołania (19 czerwca 2012 r.) przedsiębiorca ten nie był ustanowiony pełnomocnikiem drugiego wykonawcy do dokonywania czynności związanych z postępowaniem odwoławczym. Pełnomocnictwo zostało udzielone dopiero w dniu 21 czerwca 2012 r. ze wskazaniem dokonywania czynności w postępowaniu nr KIO 1281/12 przed Krajową Izbą Odwoławczą, a więc do dokonania czynności już po wniesieniu odwołania.

Z załączonej umowy konsorcjum z dnia 27.04.2012 r. nie wynika umocowanie lidera

do dokonania wskazanych czynności. Z tego powodu również ma miejsce druga przesłanka odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy (odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, wykonawca wnoszący odwołanie w imieniu obu przedsiębiorców nie był uprawniony do dokonania tej czynności w dniu 19 czerwca 2012 r.).

Ponadto, odwołanie dotyczy czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania. Przepisy art. 180 ust. 2 ustawy ograniczają zakres odwołania, gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, wyłącznie do czynności wskazanych w pkt 1-4 art. 180 ust. 2 ustawy (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego), które nie mają miejsca w rozpoznanym stanie faktycznym. Zatem, od czynności unieważnienia postępowania nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy. Występuje więc przesłanka odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy.

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

Wobec powyższych okoliczności, skutkujących odrzuceniem odwołania, Izba nie wyznaczyła posiedzenia z udziałem stron w celu ustalenia, czy Ośrodek jest zobowiązany do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też nie. W przypadku potwierdzenia braku obowiązku stosowania ustawy, zachodziłaby jeszcze dodatkowa przesłanka odrzucenia odwołania, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy (w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy). Ustalenie to w żaden sposób nie wpływa na rozstrzygnięcie odwołania. Z tego powodu Izba rozpoznała odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Mając na uwadze powyższe, Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2, 3 i 6 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 oraz § 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).

**Przewodniczący: .....**