

POSTANOWIENIE
z dnia 20 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu **20 sierpnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2014 r.

przez **wykonawcę: M. – Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych H. M., Łozienica**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Racula i Drzonków w Gminie Zielona Góra* (nr postępowania POiŚ/1.1/NFOŚiGW-03/K)

prowadzonym przez zamawiającego: „**Zielonogórskie Wodociągi i Kanalizacja**” sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża M. – Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych H. M. z Łozienicy** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** 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 2013 r. poz. 907, 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 **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – „Zielonogórskie Wodociągi i Kanalizacja” sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Racula i Drzonków w Gminie Zielona Góra* (nr postępowania POiŚ/1.1/NFOŚiGW-03/K). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 27 maja 2014 r. pod nr 2014/S_101-175896. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

1 sierpnia 2014 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu: M. –Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych H. M. z Łozienicy – zawiadomienie o wykluczeniu go z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp.

12 sierpnia 2014 r. {pismem datowanym na 7 sierpnia 2014 r.} Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp, przez nieuzasadnione dokonanie wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia tej czynności, a także powtórnego dokonania badania i oceny ofert.

Uzasadnienie odwołania zawiera sprecyzowanie powyższego zarzutu, związanego z błędnym – w ocenie Odwołującego – uznaniem przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobą do pełnienia funkcji kierownika budowy, która miałaby 5-letnie doświadczenie zawodowe przy wykonywaniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie jako kierownik budowy na budowach sieci kanalizacyjnych. Zdaniem Odwołującego Zamawiający niezasadnie uznał, że wykazane w wyniku uzupełnienia dokumentów doświadczenie osoby przy inwestycji „Budowa Szczecińskiego Szybkiego Tramwaju Etap I” jako kierownika robót branży sanitarnej nie może zostać zaliczone na poczet wymaganego doświadczenia, gdyż nie była to funkcja kierownika budowy. Odwołujący podniósł, że przywołane w uzasadnieniu odwołania przepisy Prawa budowlanego świadczą o analogii występującej pomiędzy funkcją kierownika budowy a funkcją kierownika robót budowlanych. Ponadto według Odwołującego

{który powołał się w tym zakresie na stanowisko doktryny wyrażone we wskazanym w uzasadnieniu odwołania komentarzu} samo pełnienie funkcji kierownika budowy nie daje z racji wyłącznie samego nadzoru praktyki (a więc doświadczenia) na danym stanowisku. Natomiast kierownik robót budowlanych (branżowych) daje osobie pełniącej taką funkcję odpowiednie doświadczenie.

Odnośnie przesłania informacji o czynności będącej podstawą do wniesienia odwołania – w uzasadnieniu odwołania wskazano, że Odwołujący otrzymał powyższe zawiadomienie faksem 1 sierpnia 2014 r. o godz. 13:57. Na dowód tej okoliczności do odwołania załączono owo zawiadomienie otrzymane faksem.

7 sierpnia 2014 r. pełnomocnik Odwołującego nadał powyższe odwołanie listem poleconym w Urzędzie Poczтовым Szczecin 6 do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej {pieczęć i naklejka widniejące na kopercie}, a jego kopię przesłał w tym dniu faksem do Zamawiającego.

12 sierpnia 2014 r. odwołanie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej {prezentata widniejąca na kopercie i na pierwszej stronie odwołania}.

8 sierpnia 2014 r. Zamawiający przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w prowadzonym postępowaniu.

11 sierpnia 2014 r. do Prezesa Izby wpłynęło w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą kwalifikowanego certyfikatu zgłoszenie przez Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec ustalenia na podstawie treści złożonego odwołania oraz akt sprawy odwoławczej powyższych okoliczności, Izba zważyła, co następuje:

Art. 189 ust. 2 pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, zgodnie z przepisem art. 189 ust. 4 pzp. Jedną z podstaw odrzucenia odwołania wynikającą z przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp jest okoliczność wniesienia odwołania po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba stwierdziła zaistnienie tej przesłanki w rozpoznawanej sprawie.

Izba zważyła, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu wynikającego z art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp, zgodnie z którym 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 (to jest faksem lub drogą elektroniczną) – w przypadku gdy wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp.

Odwołujący wniósł bowiem odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 sierpnia 2014 r., to jest 11 dnia od uzyskania 1 sierpnia 2014 r. faksem od Zamawiającego informacji o wykluczeniu z postępowania. Odwołujący wprost potwierdził w odwołaniu, że informację o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania otrzymał faksem 1 sierpnia 2014 r., załączając dodatkowo dowód na powyższą okoliczność.

Izba zważyła, że w sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu uwzględniającym wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 180 ust. 4 pzp, obowiązującym od 29 stycznia 2009 r., odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Jednocześnie w stosunku do poprzednio obowiązującego art. 184 ust. 2 pzp, dotyczącego wnoszenia odwołań do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, aktualnie obowiązujący art. 180 ust. 4 pzp nie przewiduje, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem odwołania. Ustawodawca przesądził w ten sposób o utożsamieniu wniesienia odwołania z jego doręczeniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Musiała być to świadoma i celowa decyzja ustawodawcy, skoro jednocześnie w ustawie pzp wprost zapisano, że złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego {od 1 stycznia 2013 r. operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe} jest równoznaczne z jej wniesieniem (art. 198b ust. 2 zd. 2 pzp). Tym samym nie ma – w obowiązującym już od kilku lat stanie prawnym – podstaw prawnych do uznania, że z chwilą nadania odwołania listem poleconym 7 sierpnia 2014 r. nastąpiło wniesienie odwołania do Prezesa Izby, gdyż faktycznie nastąpiło to dopiero z chwilą dotarcia tej korespondencji do adresata, 5 dni później.

Zbieżne stanowisko w zbliżonych stanach faktycznych – odnośnie braku domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej jest równoznaczne z jego

wniesieniem do Prezesa Izby – było i jest konsekwentnie prezentowane w orzecznictwie Izby, w szczególności wskazać tu można na postanowienia wydane: 1 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1279/11), 9 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1382/10), 20 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1424/10), 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1598/10), 17 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2201/11), 2 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1588/12), 4 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 667/13), 9 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 731/13), czy 8 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1562/13), jak również w orzecznictwie sądów powszechnych, por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 16 września 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 302/10) oraz Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 16 listopada 2010 r. (sygn. akt X Ga254/10)

Ponadto prawidłowość takiego stanowiska została potwierdzona przez Sąd Najwyższy, który 7 lutego 2014 r. (sygn. akt III CZP 90/13) podjął następującą uchwałę: *Do zachowania przewidzianego w art. 182 ust. 1 pkt 2 p.z.p. terminu do wniesienia odwołania od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma znaczenia dzień oddania odwołania w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z 2012 r. Prawo pocztowe lub w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej.*

Sąd Najwyższy zwrócił m.in. uwagę, że spośród dyrektyw preferencji metod wykładni pierwszeństwo ma wykładnia językowa, a stosownie do treści art. 180 ust. 4 pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Izby, co według słownika języka polskiego oznacza *przedstawienie, przedłożenie komuś coś do rozpatrzenia, załatwienia*, chodzi zatem o dotarcie odwołania do jego adresata. Z tego samego przepisu nie wynika, aby dla zachowania terminu do wniesienia odwołania miało jakiegokolwiek znaczenie oddanie odwołania w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe, czy też stosownie do zmiany wprowadzonej do art. 165 § 2 kpc ustawą z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2013 r. Nr 880) w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej. Ten rezultat wykładni językowej wzmacniają także argumenty właściwe dla wykładni systemowej, celowościowej i historycznej. W najważniejszych ustawach proceduralnych (por. poza art. 165 § 2 kpc, art. 124 kpc, art. 57 § 5 pkt 2 kpa) przyjmuje się wprawdzie, jako regułę, że nadanie pisma w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do organu, jednak w każdym z tych postępowań domniemanie to wynika wprost z treści przepisów. Tak też w ustawie regulującej zamówienia publiczne i to tylko w odniesieniu do jednego ze środków ochrony prawnej, a mianowicie do skargi na orzeczenie Izby, którą wnosi się do sądu, w art. 198b ust. 2 zdanie drugie pzp przewidziano, że wniesienie skargi w placówce pocztowej

operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529) jest równoznaczne z jej wniesieniem.

Odnosnie zmiany w stosunku do poprzedniego stanu prawnego Sąd Najwyższy wskazał, że metodą regulacji negatywnej ustawodawca wyłączył stosowanie tego domniemania również w drodze analogii (czy to *legis* czy *iuris*) do wniesienia odwołania. Ten zamiar ustawodawcy potwierdza uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 9 grudnia 2009 r. (druk sejmowy Sejm RP VI nr 2310). W uzasadnieniu celu tak radykalnej zmiany w systemie środków odwoławczych przewidzianych w ustawie regulującej zamówienia publiczne uwzględniono konsekwencje polegające na wydłużeniu procesu udzielania zamówień publicznych. Celem nowelizacji było zaproponowanie rozwiązań, które ograniczają ten negatywny skutek działania systemu środków ochrony prawnej.

Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę, że dokonana 2 grudnia 2009 r. nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych jest wyrazem wdrożenia dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz.UE.L Nr 335 s. 31). W dyrektywie 2007/66/WE uporządkowano przesłanki i terminy wnoszenia środków odwoławczych, podkreślając jednocześnie, że podstawowymi jej założeniami są powszechność, szybkość i skuteczność środków odwoławczych, nakierowanych na wzmocnienie zasad równości, konkurencyjności, przejrzystości oraz efektywności zamówień publicznych.

Sąd Najwyższy podniósł również, że w dobie współczesnych środków komunikacji społecznej, powszechności urzędów do przekazywania informacji, dopuszczenie w art. 180 ust. 4 pzp wniesienia odwołania w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym zdefiniowanym w ustawie z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. z 2013 r. poz. 262) niweluje ewentualne niedogodności związane z wniesieniem równoważnego odwołania w formie pisemnej do Prezesa Izby.

Wobec stwierdzenia zajścia powyżej wskazanej przesłanki odrzucenia odwołania, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obligatoryjnemu odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp. Wobec powyższego, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 2 w zw. z art. 189 ust. 3 zdanie 1 ustawy pzp – odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z § 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) – obciążając Odwołującego tymi kosztami w postaci uiszczzonego przez niego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: