

Sygn. akt KIO/UZP 1478/08

POSTANOWIENIE
z dnia 6 stycznia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

**Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Ewa Jankowska**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 06.01.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Geologiczno-Wiertniczy i Wodno-Kanalizacyjny „KEMPEX” Edmund Kępski, 87-330 Jabłonowo Pomorskie, ul. Wigury 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Ława, 14-200 Ława, ul. Gen. Władysława Andersa 2a** protestu z dnia 28.11.2008 r.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Geologiczno-Wiertniczy i Wodno-Kanalizacyjny „KEMPEX” Edmund Kępski, 87-330 Jabłonowo Pomorskie, ul. Wigury 4** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Zakład Geologiczno-Wiertniczy i Wodno-Kanalizacyjny „KEMPEX” Edmund Kępski, 87-330 Jabłonowo Pomorskie, ul. Wigury 4,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakład Geologiczno-Wiertniczy i Wodno-Kanalizacyjny „KEMPEX” Edmund Kępski, 87-330 Jabłonowo Pomorskie, ul. Wigury 4.**

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

Zamawiający – Gmina Ława prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowościach wschodniej części gminy Ława – etap I. Ogłoszenie zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21.10.2008 r. pod numerem 236014-2008.

Wobec informacji o wynikach postępowania (pisma z dnia 20.11.2008 r.) otrzymanej w dniu 24.11.2008 r. za pośrednictwem faksu protest pismem z dnia 28.11.2008 r. wniósł Zakład Geologiczno – Wiertniczy i Wodno – Kanalizacyjny „KEMPEX” Edmund Kępski z siedzibą w Jabłonowie Pomorskim - dalej również: Odwołujący się. Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu, iż dokonał wykluczenia go z postępowania z rażącym naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 ze zm.) - dalej Pzp. Odwołujący się podniósł, że niewskazanie w złożonej przez niego ofercie osoby do kierowania robotami branży elektrycznej, winno skutkować wezwaniem do uzupełnienia tego braku w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, czego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał. Zamawiający otrzymał protest w dniu 1.12.2008 r. drogą pocztową. Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło pismem z dnia 9.12.2008 r., które Odwołujący się otrzymał w tej samej dacie za pośrednictwem faksu. Zamawiający oddalił protest podnosząc brak zaistnienia przesłanek umożliwiających zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp.

Pismem z dnia 17.12.2008 r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego Zakład Geologiczno – Wiertniczy i Wodno – Kanalizacyjny „KEMPEX” Edmund Kempski wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty protestu. Zamawiający otrzymał kopię odwołania w dniu 18.12.2008 r. drogą pocztową.

Powyższe terminy zostały zgodnie przyznane przez strony, są między nimi bezsporne, a prawidłowość ich ustalenia znajduje potwierdzenie również w Rozdziale I ust. 7 zd. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują faksem.

Rozpatrując odwołanie na posiedzeniu niejawnym, na podstawie załączonych do akt dokumentów oraz oświadczeń stron, Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem ustawowego terminu na dokonanie tej czynności i podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp.

Protest został wniesiony w dniu 28.11.2008 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058). Na podstawie art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy nowelizującej, Izba wydała rozstrzygnięcie na podstawie przepisów działu VI ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacją.

Zgodnie z art. 184 ust. 2 Pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu, a jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp – w terminie 5 dni, jednocześnie przekazując jego kopię zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu.

Dokonując ostatniej nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca wydłużył do 10 dni termin na wniesienie odwołania, jednak jedynie w odniesieniu do zamówień, których wartość przekracza kwotę od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, pozostawiając termin 5 - dniowy w stosunku do odwołań dotyczących zamówień poniżej tej wartości.

Zgodnie z protokołem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (druk ZP-2 pkt 2) wartość zamówienia ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego wynosi 5.188.049, 08 zł, co stanowi równowartość 1.338.126, 20 euro. Jest zatem niższa od kwoty określonej na podstawie art. 11 ust.8 Pzp wynoszącej dla robót budowlanych 5.150.000 euro (§ 1 ust. 2 lit b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 241, poz. 1762).

Zatem zgodnie z dyspozycją art.184 ust. 2 Pzp w badanym postępowaniu służy 5-dniowy termin na wniesienie odwołania.

Skoro Zamawiający czynności rozstrzygnięcia protestu dokonał w dniu 9.12.2008 r., to termin na wniesienie odwołania rozpoczął swój bieg od dnia 10.12.2008 r. (art. 111 § 2 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp) i Odwołujący się winien złożyć odwołanie do Prezesa Urzędu w terminie 5 dni od tej daty tj. do dnia 15.12.2008r. Odwołanie wysłane zostało natomiast w dniu 17.12.2008 r., czyli z uchybieniem terminu określonego w art. 184 ust. 2 Pzp.

Na powyższe ustalenie nie ma wpływu okoliczność, że termin na wniesienie odwołania kończył swój bieg w sobotę. Dni ustawowo wolne od pracy określa ustawa z 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz. U. Nr 4, poz. 28 ze zm.). Sobota nie jest dniem ustawowo wolnym od pracy. Potwierdza to również orzeczenie Sądu Najwyższego - postanowienie z dnia 28.11.1997 r. - sygn. akt I CZ 144/97 - OSNC 1998 z. 8, poz. 85.

W przypadku stwierdzenia, że protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie, Izba zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

Błędne pouczenie o terminie na wniesienie odwołania zawarte w rozstrzygnięciu protestu nie zmienia powyższego ustalenia Izby. Inaczej, niż jest to w przypadku decyzji administracyjnej (*vide*: art. 112 kodeksu postępowania administracyjnego) przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują konsekwencji zamieszczenia w treści rozstrzygnięcia protestu błędnego pouczenia, co do możliwości i trybu wniesienia odwołania.

Przepisy kodeksu postępowania administracyjnego i orzecznictwo Wojewódzkich Sądów Administracyjnych dotyczące procesowych następstw błędnego pouczenia o możliwości zaskarżenia nie znajdują zastosowania, gdyż brak jest do tego podstawy prawnej wynikającej z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podnieść należy, że w razie braku rozstrzygnięcia protestu, protest uznaje się za oddalony z mocy prawa, zgodnie z art. 183 ust. 3 Pzp i również w tym przypadku, mimo braku wiedzy o merytorycznym stanowisku zamawiającego oraz pouczenia o możliwości zaskarżenia, wykonawcy w celu zachowania swych praw w postępowaniu, powinni wnieść odwołanie w terminie ustawowym. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest częścią obrotu gospodarczego, zatem od uczestniczących w nim podmiotów wymaga się profesjonalizmu w działaniu polegającego m.in. na podejmowaniu skutecznych działań zabezpieczających interes prawny w uzyskaniu zamówienia. Terminy do wnoszenia środków odwoławczych określone w ustawie Prawo zamówień publicznych mają charakter terminów zawitych (co potwierdza jednolite orzecznictwo Sądów Okręgowych oraz stanowisko doktryny), które nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku. Upływ terminu powoduje wygaśnięcie prawa.

Ustalenie uchybienia ustawowego terminu na wniesienie odwołania powoduje jednocześnie, że kopię odwołania Odwołujący się przekazał Zamawiającemu z uchybieniem terminu wskazanego w art. 184 ust. 2 Pzp. Skutkuje to zaistnieniem samoistnej przesłanki odrzucenia odwołania wskazanej w art. 187 ust. 4 pkt. 7 Pzp.

Złożenie odwołania w placówce pocztowej jest równoznaczne z jego wniesieniem, ale odnosi skutek wyłącznie wobec Prezesa Urzędu, o czym *expressis verbis* stanowi przepis art. 184 ust. 2 zd. 2 Pzp. Nie odnosi natomiast takiego skutku wobec Zamawiającego. W danym stanie faktycznym Zamawiający powinien zostać skutecznie powiadomiony przez Odwołującego się o złożeniu odwołania najpóźniej w dniu 15.12.2008r. Tymczasem, został powiadomiony dopiero dnia 18.12.2008r. drogą pocztową. Przesłanka formalna wynikająca z przepisu art. 184 ust. 2 Pzp – jednoczesne przekazanie kopii odwołania Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych i zamawiającemu, jest spełniona dopiero wówczas, gdy najpóźniej ostatniego dnia upływu terminu zawitego do złożenia odwołania zamawiający zostanie skutecznie powiadomiony o skorzystaniu przez wykonawcę z tego środka ochrony prawnej. Istotą przepisu art. 184 ust. 2 Pzp jest, aby Zamawiający nie pozostawał w stanie niepewności co do tego, czy protest został ostatecznie rozstrzygnięty. Stosownie do dyspozycji art. 182 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 Pzp umowę w sprawie zamówienia publicznego można zawrzeć po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, czyli w okolicznościach sprawy po upływie terminu do wniesienia odwołania. Zatem *ratio legis* przywołanego wyżej przepisu art. 184 ust. 2 Pzp polega na tym, aby Zamawiający mógł bezpośrednio po upływie terminu zawitego do złożenia odwołania zawrzeć umowę z wybranym wykonawcą, która nie byłaby zagrożona sankcją nieważności na mocy art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp.

Powyższa wykładnia instytucji art. 184 ust. 2 Pzp - skutecznego powiadomienia zamawiającego o złożeniu odwołania, znajduje również oparcie w literaturze prawniczej, jak również jest potwierdzona się w orzecznictwie sądów powszechnych m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30.01.2007 roku, sygn. akt V Ca 117/07, postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28.02.2008 roku, sygn. akt. XIX Ga 40/08).

Na marginesie wskazać należy, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie ograniczają wykonawców w poszukiwaniu rekompensaty doznanego przez nich uszczerbku majątkowego spowodowanego czynnościami zamawiającego w postępowaniu na innej drodze np. w postępowaniu odszkodowawczym przez sądem powszechnym.

Mając powyższe na uwadze Izba na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 i 7 Pzp odrzuciła odwołanie, wydając orzeczenie w formie postanowienia na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do wyniku postępowania zgodnie z

art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*