

Sygn. akt: KIO 301/16

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 15 marca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 15 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2016 r. przez wykonawcę: **„Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Leśnej” sp. z o.o. w Leśnej (59-820), ul. Baworowo 16F** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Miejską Zgorzelec, ul. Domańskiego 7, 59-900 Zgorzelec**

**postanawia:**

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **„Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Leśnej” sp. z o.o. w Leśnej** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **„Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Leśnej” sp. z o.o. w Leśnej** 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 2015 r. poz. 2164) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Jeleniej Górze**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie miasta Zgorzelec” zostało wszczęte przez Gminę Miejską Zgorzelec, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie z dnia 3 marca 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2016/S 001-000640) w dniu 2 stycznia 2016 r.

W dniu 2 marca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w formie pisemnej przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Leśnej” sp. z o.o. w Leśnej, zwanego dalej Odwołującym.

Zgodnie z powołanym piśmie z dnia 3 marca 2016 r., Zamawiający w dniu 19 lutego 2016 r. przekazał za pośrednictwem poczty elektronicznej wykonawcom biorącym udział w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia (w tym również Odwołującemu) informację o unieważnieniu postępowania. Zamawiający z piśmie z dnia 3 marca 2016 r. przedstawił kopię tejże informacji, a także dowód wysłania jej Odwołującemu w tej właśnie dacie. Fakt ten został również potwierdzony przez Odwołującego, tak we wniesionym przez niego odwołaniu, jak w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron.

W ocenie Izby rozpoznawane odwołanie, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp, podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

W świetle obowiązujących przepisów, to wartość zamówienia, ustalona przez Zamawiającego i upubliczniona w protokole postępowania o udzielenie zamówienia, jest, tak dla Zamawiającego, jak i dla Wykonawców, podstawą dla ustalenia zakresu prawa do wnoszenia odwołań od czynności Zamawiającego. Wartość ta warunkuje terminy, w jakich odwołanie to można wnieść. Tak art. 180 ust. 2 i 5, jak i art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, wskazują na wartość zamówienia, jako na rozstrzygającą o zakresie prawa do wniesienia

odwołania od poszczególnych czynności Zamawiającego, a także o terminach na wniesienie takiego odwołania.

Zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie Zamawiającego z dnia 3 marca 2016 r., a także w pkt 2 pisemnego protokołu postępowania, wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Tym samym, zgodnie z przepisem art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, w takim przypadku, gdy informacja o czynności zamawiającego stanowiąca podstawę jego wniesienia została przesłana w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, tj. faksem lub drogą elektroniczną (tak było w rozpoznawanej sprawie), odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w terminie 10 dni od dnia przesłania powołanej informacji stanowiącej podstawę jego wniesienia.

Z uwagi na fakt, iż ustawa Pzp nie zawiera regulacji odnoszącej się do sposobu ustalania terminów, koniecznym jest odwołanie się do przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 121 ze zm.), zwanego dalej kc, tj. art. 110 i n. Zgodnie z art. 111 kc termin oznaczony w dniach kończy się upływem ostatniego dnia, przy tym jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Kierując się przywołanymi przepisami oraz uwzględniając fakt, iż informacja o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia została przekazana Odwołującemu za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 19 lutego 2016 r., uznać należało, że określony art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp termin 10 dni wyznaczony na doręczenie Prezesowi Izby odwołania upłynął w 29 lutego 2016 r. Dlatego też uznać należało, iż odwołanie – doręczone Prezesowi Izby w formie pisemnej w dniu 2 marca 2016 r. (prezentata na piśmie) – zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Istotne jest to, że zgodnie ze stanem prawnym właściwym do rozpoznania niniejszej sprawy, dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym było faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Izby w terminie przewidzianym w ustawie Pzp. Nie prowadzi zatem do zachowania ustawowego terminu nadanie odwołania w placówce pocztowej. Podobnie Izba w sprawie KIO 576/14: *„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. 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 ustawy Prawo 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. Prezentowane stanowisko spotkało się także z aprobatą sądów okręgowych, co znalazło odzwierciedlenie w następujących wyrokach: wyrok z dnia 16 września 2010 r. Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt XIX Ga 302/10, wyrok z dnia 21 września 2011 r. Sądu Okręgowego w Gorzowie Wlkp., sygn. akt V Ca 226/10, wyrok z dnia 26 listopada 2011 r. Sądu Okręgowego w Łodzi, sygn. akt X Ga 311/10. W tym miejscu celowe wydaje się odwołanie się do treści uzasadnienia wyroku wspomnianego Sądu Okręgowego w Łodzi, który przedstawił wyczerpujące rozważania dotyczące analizowanych kwestii, które w całej rozciągłości Izba podziela.” Pogląd ten podzieliła Izba również w orzeczeniach wydanych w sprawach KIO 852/14 i KIO 237/15: „Stwierdzając powyższe Izba w całości podziela stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 7 lutego 2014r. sygn. akt III CZP 90/13, zgodnie z którym dla zachowania terminu na wniesienie 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 dnia 23 listopada 2012r. Prawo pocztowe lub w placówce pocztowej operatora świadczącego usługi pocztowe powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej”.

Wartym dostrzeżenia w tym kontekście jest również stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2014 r. III CZP 90/13: „Wymaga także uwzględnienia, że dokonana w dniu 2 grudnia 2009 r. nowelizacja Prawa zamówień publicznych jest wyrazem wdrożenia dyrektywy nr 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., zmieniającej dyrektywy Rady nr 89/665/EWG i

*nr 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz. UE L Nr 335, s. 31). W dyrektywie nr 2007/66/WE uporządkowano przesłanki i terminy wnoszenia środków odwoławczych, podkreślając jednocześnie, że podstawowym jej założeniem jest powszechność, szybkość i skuteczność środków odwoławczych, skierowanych na wzmocnienie zasad równości, konkurencyjności, przejrzystości oraz efektywności zamówień publicznych. W orzecznictwie zarówno Krajowej Izby Odwoławczej (por. m.in. postanowienia z dnia 9 kwietnia 2013 r., KIO 731/13, niepubl. i z dnia 4 kwietnia 2013 r., KIO 667/13, niepubl.) jak i sądów powszechnych (zob. wyroki Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 16 września 2010 r., XIX Ga 302/10, "Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze" 2011, nr 8, poz. 139, oraz Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 16 listopada 2010 r., X Ga 254/10, niepubl.) jednolicie przyjmuje się, że nie ma domniemania, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Do podobnego wniosku prowadzi analiza piśmiennictwa poświęconego zamówieniom publicznym, przy czym tylko w niektórych wypowiedziach przyjęte rozwiązanie jest poddawane krytyce jako stanowiące nadmierne ograniczenie prawa wykonawców, zwłaszcza tych, którzy mają siedzibę poza Warszawą. W związku z tym trzeba podnieść, że współcześnie dopuszczenie w art. 180 ust. 4 Pr.z.p. wniesienia odwołania w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym zdefiniowanym w ustawie z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (jedn. tekst: Dz.U. z 2013 r., poz. 262) niweluje ewentualne niedogodności związane z wniesieniem równoważnego odwołania w formie pisemnej do Prezesa Izby."*

*Podobnie Izba w orzeczeniu KIO 818/15: „Ustawodawca, mając na względzie przede wszystkim szybkość postępowania odwoławczego i związany z tym postępowaniem zakaz podpisania przez zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu zakończenia postępowania odwoławczego, a tym samym blokadę realizacji różnego rodzaju inwestycji i przedsięwzięć o charakterze publicznym, wprowadził do przepisów ustawy Pzp właśnie taką regulację, odmienną w stosunku do zasad wnoszenia skargi na orzeczenie KIO (art. 198b ust. 2 ustawy Pzp). Zabezpieczając interes wykonawców w tym względzie ustawodawca wprowadził także mechanizm umożliwiający dochowanie wskazanego terminu na zgłoszenie przystąpienia (analogicznie jak w przypadku wniesienia odwołania) poprzez wprowadzenie standardowej już i odpowiadającej wyzwaniom współczesnego obrotu gospodarczego i prawnego procedury złożenia określonej korespondencji elektronicznie, przy użyciu bezpiecznego podpisu elektronicznego, weryfikowanego za pomocą kwalifikowanego certyfikatu. Wykonawcy zatem, będąc profesjonalistami w tym obrocie, posiadają możliwość wyboru sposobu, dzięki któremu mogą skutecznie bronić swoich praw*

*w postępowaniu odwoławczym. Z jednej strony mają wybór osobistego złożenia zgłoszenia przystąpienia (czy też odwołania) w siedzibie Izby, z drugiej strony mogą skorzystać z doręczenia pocztowego z określonym ryzykiem w tym względzie - nie doręczenia w konkretnym terminie przesyłki do Prezesa Izby, a jeszcze z innej strony mają do dyspozycji ogólnie dostępny instrument, dzięki któremu w każdej chwili i o każdej porze, bez żadnych ograniczeń i z każdego miejsca, w którym dysponują dostępem do internetu, mogą skorzystać ze swoich uprawnień w postępowaniu odwoławczym. Wyłącznie do decyzji wykonawcy pozostawiony jest sposób wykorzystania określonych ustawowo, dostępnych mu sposobów wniesienia przystąpienia (czy odwołania) do Prezesa KIO.”*

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Izba uznała, iż rozpoznawane odwołanie, jako złożone po upływie terminu określonego w ustawie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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:** .....