

Sygn. akt: KIO 1179/11

POSTANOWIENIE
z dnia 15 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 15 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2011 r. przez wykonawcę Poltur Polska Sp. z o.o. w Zielonej Górze w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Skarb Państwa - Kuratorium Oświaty w Olsztynie,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Poltur Polska Sp. z o.o. w Zielonej Górze i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Poltur Polska Sp. z o.o. w Zielonej Górze 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 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa - Kuratorium Oświaty w Olsztynie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na organizację wypoczynku dla dzieci i młodzieży (w podziale na dwie części/zadania).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 9 kwietnia 2011 r. w Dz. U. UE pod nr 2011/S 70-113965, którą to datę, w związku z późniejszym zamieszczeniem ogłoszenia o zamówieniu w na stronie internetowej oraz w siedzibie zamawiającego należy uznać za dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Pismem z dnia 20 maja 2011 r. przesłanym do wykonawców faksem w dniu 24 maja 2011 r. zawiadomił wykonawców o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej w części nr 2 zamówienia oferty Zachodniopomorskiego Związku Towarzystw Krzewienia Kultury Fizycznej w Szczecinie.

W dniu 6 czerwca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Poltur Polska Sp. z o.o. w Zielonej Górze dotyczące zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego w części nr 2 zamówienia (dotyczące tej części zamówienia).

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia potwierdzoną za zgodność z oryginałem i przekazaną przez zamawiającego, a także jego wyjaśnienia i oświadczenia złożone w piśmie z dnia 8 czerwca 2011 r. oraz wyjaśnienia i oświadczenia odwołującego złożone w odwołaniu oraz jego piśmie procesowym z 8 czerwca 2011 r. Izba ustaliła, co następuje.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) zamawiający na str. 1 w rozdz. „Informacje ogólne” przewidział, iż „Wszystkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazywane przez Zamawiającego i Wykonawcę muszą być złożone w formie pisemnej, zgodnie z art. 27 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Następnie w § 16 siwz „Środki odwoławcze przysługujące wykonawcom”, w pkt 2 zamawiający poinformował, iż wobec czynności podjętych przez niego w postępowaniu można wnieść pisemny protest, który zgodnie z § 16 pkt 3 siwz wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. W pkt 5 § 16 siwz wskazano, iż od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, które wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, które wnosi się terminie 10 dni od rozstrzygnięcia protestu, a złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa UZP. Zamawiający wskazał ponadto, iż szczegółowe uregulowania dotyczące środków odwoławczych przysługują wykonawcom znajdują się w Dziale VI ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Pismem z dnia 20 maja 2011 r., które wpłynęło do zamawiającego (według jego prezentaty na piśmie) w dniu 23 maja 2011 r., Poltur Polska Sp. z o.o. poinformowała zamawiającego, o okolicznościach skutkujących koniecznością wykluczenia Zachodniopomorskiego Związku Towarzystw Krzewienia Kultury Fizycznej w Szczecinie z postępowania o udzielenie zamówienia oraz zaznaczyła, iż w przypadku ich nie uwzględnienia tych informacji i dopuszczenia wskazanego wykonawcy do postępowania, niniejszą informację należy traktować jako protest wniesiony zgodnie z § 16 siwz.

Informacja o wyniku postępowania (wyborze najkorzystniejszej oferty) datowana na dzień 20 maja 2011 r. została wysłana przez zamawiającego wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w dniu 24 maja 2011 r. drogą faksową i następnego dnia listem poleconym. Co prawda odwołujący w odwołaniu deklarował, iż wiadomość o rozstrzygnięciu postępowania powziął w dniu 23 maja 2011 r., jednakże zamawiający podaje tu datę 24 maja 2011 r. oraz w aktach sprawy znajduje się dowód przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty faksem w tym dniu. Należało więc przyjąć datę późniejszą jako względniejszą dla wykonawcy. Przy czym powyższa rozbieżność nie wpływa na ocenę terminowości wniesienia odwołania.

List polecony zawierający pismo zamawiającego dotyczące rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia Poltur Polska Sp. z o.o. otrzymała w dniu 27 maja 2011 r., co

stwierdza w swoim piśmie procesowym, a także dowód doręczenia przesyłki w tym dniu znajduje się w aktach sprawy (pocztowe potwierdzenie odbioru).

W odpowiedzi na pismo Poltur Polska Sp. z o.o. z dnia 20 maja 2011 r. zamawiający pismem z dnia 27 maja 2011 r. (przesłanym faksem w tym samym dniu – dowód skutecznej transmisji faksowej w aktach sprawy) poinformował wykonawcę, iż nie podziela jego stanowiska w sprawie podstaw wykluczenia Zachodniopomorskiego Związku Towarzystw Krzewienia Kultury Fizycznej w Szczecinie z postępowania o udzielenie zamówienia, a także wskazał, iż wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej – odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej przewidziane w Pzp.

W dniu 6 czerwca 2011 r. do Urzędu Zamówień Publicznych wpłynęła przesyłka kurierska zawierające odwołanie Poltur Polska Sp. z o.o., które zostało przekazane tego samego dnia do Krajowej Izby Odwoławczej (*vide* prezentaty z datami wpływu do ww. instytucji odpowiednio na liście przewozowym i odwołaniu).

W odwołaniu zaznaczono, iż jest to odwołanie od oddalenia protestu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i wobec takiego rozstrzygnięcia sformułowano zarzuty naruszenia przepisów ustawy, wnosząc przy tym o nakazanie zamawiającemu wykluczenia Zachodniopomorskiego Związku Towarzystw Krzewienia Kultury Fizycznej w Szczecinie z postępowania.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1, względnie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z powołanym art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Natomiast w myśl art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Izba odrzuca odwołanie jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778 z dnia 29 grudnia 2009 r.) zlikwidowano w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego protest jako przewidywany ustawą środek ochrony prawnej (art. 1 pkt 40 noweli).

Przepis art. 4 ust. 1 ww. nowelizacji przewidywał normę intertemporalną stanowiącą, iż do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do protestów, odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe. Zgodnie z art. 8 noweli zmiany ustawy weszły w życie w dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po upływie 30 dni od dnia ich ogłoszenia.

Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie ponad rok po tej dacie, tym samym do postępowania o udzielenie zamówienia, jak też postępowania odwoławczego zastosowanie winny znaleźć przepisy w brzmieniu obowiązującym obecnie.

W świetle aktualnie obowiązujących przepisów jedynymi środkami ochrony prawnej przewidywanymi w Dziale VI ustawy przysługującym wykonawcom są odwołanie od decyzji bądź zaniechań zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej (art. 180 i n.) oraz skarga do sądu na orzeczenie Izby (art. 198a i n.).

Jak stanowi art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Przy czym na marginesie można dodać, iż zgodnie z art. 180 ust. 4 ustawy odwołanie wnosi się do Prezesa Izby, a nie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W świetle powyższych uregulowań stwierdzić należy, iż w systemie środków ochrony prawnej kształtowanym przez ustawę nie występują czynności typu: protest, rozstrzygnięcie protestu oraz odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Bez względu na obowiązujących przepisów ustanawiających drogę odwoławczą nie mogą zmienić błędne pouczenia zamawiającego w tym zakresie, które nie mogą kreować środków ochrony prawnej nieznanymi ustawie, które z kolei będą podlegały kognicji Izby określonej w art. 172 ust. 1 Pzp.

Reasumując, protest wskazany w siwz, a także protest wniesiony przez odwołującego do zamawiającego nie są czynnościami podejmowanymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o których mowa w art. 180 ust. 1 i tym samym zaniechanie jego rozstrzygnięcia nie jest zaniechaniem czynności, do której zobowiązują zamawiającego przepisy Pzp. Tym samym w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy – odwołanie dotyczące rozstrzygnięcia protestu wniesionego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegało będzie odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp.

W dalszej kolejności Izba wskazuje, iż biorąc pod uwagę fakt, że odwołanie nie jest wnoszone przez pełnomocnika świadczącego profesjonalną pomoc prawną czy zastępstwo procesowe, niewykluczone jest przyjęcie odmiennej od zaprezentowanej wyżej kwalifikacji prawnej odwołania. W świetle całości jego treści przyjąć można, iż wbrew deklaracjom odwołującego nie jest to odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, którego w przedmiotowym

postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak wskazano powyżej, być nie mogło i faktycznie nie było, ale odwołanie, które zakwalifikować można jako wniesione od czynności zamawiającego polegającej na wyborze określonego wykonawcy i zaniechaniu jego wykluczenia z postępowania. Możliwe w takim przypadku byłoby przyjęcie, iż przedmiotowe odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, o którym mowa w aktualnie obowiązującym przepisie art. 180 ust. 1 Pzp.

Jednakże przy takim założeniu, odwołanie również podlega odrzuceniu – w tym wypadku na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Adekwatny termin na wniesienie przedmiotowego odwołania zawarto w przepisie art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi, iż 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, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

Sposobami przekazywania oświadczeń, wniosków i zawiadomień w postępowaniu o udzielenie zamówienia wskazanymi w art. 27 ust. 2 Pzp, do których odsyła ustawa w art. 182 ust. 1 pkt 1 i względem których skraca długość terminów na wnoszenie odwołań, są faks i droga elektroniczna.

W przedmiotowym postępowaniu informacja o jego rozstrzygnięciu została przekazana wykonawcom, w tym odwołującemu, w dniu 24 maja br. *via* faks, a więc w jeden ze sposobów wskazany w art. 27 ust. 2 Pzp. Tym samym termin na wniesienie odwołania zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 wynosił w tym przypadku dni 10, a bieg tego terminu rozpoczyna się od dnia przesłania informacji o ww. czynności zamawiającego. Dziesięciodniowy termin na wniesienie przedmiotowego odwołania liczony od dnia 24 maja 2011 r. upływał więc w dniu 3 czerwca 2011 r. (piątek), a odwołanie wpłynęło do Izby w dniu 6 czerwca 2011 r. W tej sytuacji należało uznać odwołanie za wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Na ocenę powyższego w żaden sposób nie wpływa fakt, iż zamawiający w siwz zgodnie z art. 27 ust. 1 Pzp dopuścił pomiędzy stronami jedynie pisemną formę porozumiewania się i przekazywania oświadczeń. Ustawa nie rozróżnia w tym przypadku w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp genezy form porozumiewania się stosowanych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub ich zgodności z postanowieniami siwz. Przepis dotyczący terminów na wnoszenie odwołania nie odsyła i nie odwołuje się do całości przepisów art. 27 ustawy, ale odsyła jedynie do form porozumiewania określonych w ust. 2 art. 27 i wskazuje, że w przypadku gdy formy te zostaną zastosowane, to termin na wniesienie odwołania wynosi odpowiednio dni 10. Jedną z ww. form przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty (faks) posłużył się faktycznie zamawiający i informację w tej postaci otrzymał w dniu 24

maja br. odwołujący, który mógł we wskazanym w ustawie, dziesięciodniowym terminie wnieść odwołanie względem takiej czynności zamawiającego.

Ponadto Izba wskazuje, iż przepisy ustawy nie przewidują żadnych skutków procesowych w postępowaniu odwoławczym względem błędnego pouczenia/poinformowania przez zamawiającego w siwz o przysługujących wykonawcy środkach ochrony prawnej. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winien sam znać przysługują mu w ramach ustawy środki ochrony prawnej i w celu osiągnięcia skutków prawnych przypisanych ich zastosowaniu, prawidłowo, tj. w sposób przewidziany w ustawie, z nich korzystać.

Izba jeszcze raz podkreśla, iż środki ochrony prawnej opisane przez zamawiającego w § 16 siwz nie są środkami ochrony prawnej w rozumieniu ustawy i nie mogą być rozpatrywane w trybie w ustawie przewidzianym. Natomiast jeżeli odwołujący uważa, iż na podstawie tego typu wprowadzających go w błąd i niezgodnych z ustawą postanowień siwz, czy z powodu braku zamieszczenia w siwz prawidłowej informacji o środkach ochrony prawnej lub w związku z nieprzestrzeganiem przez zamawiającego ustalonych w siwz form porozumiewania, powstały pomiędzy nim a organizatorem przetargu jakiegokolwiek zobowiązania cywilnoprawne czy roszczenia z tego tytułu (np. odszkodowawcze), przysługuje mu na podstawie art. 189 Kodeksu postępowania cywilnego powództwo do sądu powszechnego.

Za uczestnika postępowania odwoławczego nie uznano Zachodniopomorskiego Związku Towarzystw Krzewienia Kultury Fizycznej w Szczecinie. Stwierdzono w tym zakresie, iż wykonawca skutecznie nie zgłosił swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego opisanego w art. 185 ust. 2 Pzp. Do zgłoszenia przystąpienia ww. wykonawcy, które wpłynęło do Izby w dniu 4 czerwca 2011 r. w wersji elektronicznej opatrzonej bezpiecznym, certyfikowanym podpisem elektronicznym, nie załączono pełnomocnictwa potwierdzającego umocowanie do jego wniesienia przez osobę zgłoszenie podpisującą. Natomiast pełnomocnictwa uzupełnione przez zgłaszającego przystąpienie w dniu 15 czerwca 2011 r. zostały udzielone w dniu 10 czerwca 2011 r., nie mogły więc mocować do czynności, którą dokonano i której termin upływał w dniu 4 czerwca 2011 r.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 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: