

Sygn. akt: KIO 1023/13

Sygn. akt: KIO 1169/13

POSTANOWENIE
z dnia 29 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Piotr Kozłowski

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 29 maja 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 30 kwietnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **SUMMIT S.A z siedzibą w Chorzowie, ul. Armii Krajowej 10, 41-506 Chorzów (pełnomocnik)**, [2] **Miejska Kolej Linowa Karpacz Sp. z o.o. z siedzibą w Karpaczu, ul. Turystyczna 4, 58-540 Karpacz** i [3] **Konfeksjoner Sp. z o.o. z siedzibą w Chrzanowie, ul. Mieszka 111/22, 32-500 Chrzanów**;
- B) w dniu 17 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **SUMMIT S.A z siedzibą w Chorzowie, ul. Armii Krajowej 10, 41-506 Chorzów (pełnomocnik)**, [2] **Miejska Kolej Linowa Karpacz Sp. z o.o. z siedzibą w Karpaczu, ul. Turystyczna 4, 58-540 Karpacz** i [3] **Konfeksjoner Sp. z o.o. z siedzibą w Chrzanowie, ul. Mieszka 111/22, 32-500 Chrzanów**

w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **ARLEN S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Sapieżyńska 10, 00-215 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1023/13 oraz KIO 1169/13 po stronie zamawiającego

1

postanawia:

1) odrzuca odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **SUMMIT S.A z siedzibą w Chorzowie, ul. Armii Krajowej 10, 41-506 Chorzów (pełnomocnik)**, [2] **Miejska Kolej Linowa Karpacz Sp. z o.o. z siedzibą w Karpaczu, ul. Turystyczna 4, 58-540 Karpacz** i [3] **Konfeksjoner Sp. z o.o. z siedzibą w Chrzanowie, ul. Mieszka 111/22, 32-500 Chrzanów** i:

- 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **SUMMIT S.A z siedzibą w Chorzowie, ul. Armii Krajowej 10, 41-506 Chorzów (pełnomocnik)**, [2] **Miejska Kolej Linowa Karpacz Sp. z o.o. z siedzibą w Karpaczu, ul. Turystyczna 4, 58-540 Karpacz** i [3] **Konfeksjoner Sp. z o.o. z siedzibą w Chrzanowie, ul. Mieszka 111/22, 32-500 Chrzanów** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **SUMMIT S.A z siedzibą w Chorzowie, ul. Armii Krajowej 10, 41-506 Chorzów (pełnomocnik)**, [2] **Miejska Kolej Linowa Karpacz Sp. z o.o. z siedzibą w Karpaczu, ul. Turystyczna 4, 58-540 Karpacz** i [3] **Konfeksjoner Sp. z o.o. z siedzibą w Chrzanowie, ul. Mieszka 111/22, 32-500 Chrzanów** kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101 i poz. 1529) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

2

Sygn. akt: KIO 1023/13

Sygn. akt: KIO 1169/13

Uzasadnienie

Zamawiający **Jednostka Wojskowa NR 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę »przedmiotów zaopatrzenia mundurowego (ubrania ochronne)«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej 25 stycznia 2013 r. pod nrem 2013/S 018-026332.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 **oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101 i poz. 1529**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

W dniu 24 stycznia 2013 r. zamawiający, za pośrednictwem faksu, zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia K..... R....., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą PPHU PION-BUD K..... R..... w Malborku, G..... R....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Invest-Form P.P.H.U. G..... R....., B..... J..... i P..... J....., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Studio Kwadrat s.c. w Gdańsku, zwanych dalej „odwołującym”, o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, o odrzuceniu złożonej przez niego oferty oraz o wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Polskie Konsorcjum Energetyczne sp. z o.o. w Gdańsku (faks w aktach sprawy, przy odwołaniu, jak również w dokumentacji postępowania)).

W dniu 1 lutego 2013 r. (data uwidoczniona na prezentacie Krajowej Izby Odwoławczej na odwołaniu), do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej odwołanie odwołującego od czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty. Odwołanie zostało nadane w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 28 stycznia 2013 r. oraz faksem w tym samym dniu (koperta z przesyłką, oraz faks w aktach sprawy).

3

Zamawiający otrzymał kopię odwołania faksem w dniu 28 stycznia 2013 r. (dowód przesłania kopii odwołania, załączony do odwołania). Zamawiający przesłał kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu oraz wezwał ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego dnia 29 stycznia 2013 r. (faks zamawiającego z 7 lutego 2013 r. nr DPS 2/230/1/2013, zgłoszenie przystąpienia).

W dniu 6 lutego 2013 roku (data uwidoczniona na prezentacie Krajowej Izby Odwoławczej) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Zgłaszający przystąpienie nie wykazał faktu przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia do zamawiającego ani odwołującego, gdyż nie dołączył do zgłoszenia przystąpienia dowodów przesłania tego dokumentu.

Zgłoszenie przystąpienia zostało nadane w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 1 lutego 2013 r. (koperta w aktach sprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego jest nieskuteczne. Stosownie do art. 185 ust. 2 ustawy Pzp *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Nie został zachowany termin do zgłoszenia przystąpienia. Jak przyznał sam zgłaszający przystąpienie, kopię odwołania otrzymał w dniu 29 stycznia 2013 r. Zatem termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 1 lutego 2013 r., tymczasem zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Prezesa Izby dopiero 6 lutego 2013 r. Zgłaszający przystąpienie nadał wprawdzie zgłoszenie przystąpienia w dniu 1 lutego 2013 r. w placówce pocztowej operatora wyznaczonego. Podkreślenia wymaga jednak, że dla zachowania terminu zgłoszenia przystąpienia koniecznym jest faktyczne doręczenie zgłoszenia przystąpienia Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. W przepisach Prawa zamówień publicznych brak bowiem domniemania, że złożenie zgłoszenia przystąpienia w placówce pocztowej operatora wyznaczonego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Termin na zgłoszenie przystąpienia ma charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest zgłoszenie przystąpienia.

4

Ponadto niewykazanie przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego zamawiającemu i odwołującemu jest brakiem formalnym zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Powyższe skutkowało koniecznością uznania za bezskuteczne zgłoszenia przystąpienia wykonawcy Polskiego Konsorcjum Energetycznego sp. z o.o. w Gdańsku do analizowanego postępowania odwoławczego.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba z urzędu odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W myśl znajdującego zastosowanie dla ustalenia terminu na wnoszenie odwołania w niniejszym przypadku art. 182 ust. 1 pkt 2 in initio Pzp odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 Pzp.

Jedną z dopuszczalnych w art. 27 ust. 2 Pzp form komunikacji zamawiającego z wykonawcami jest przesyłanie informacji faksem. Zamawiający informację o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania przesłał odwołującemu faksem w dniu 24 stycznia 2013 r. Tym samym, pięciodniowy termin na wniesienie odwołania upływał w dacie 29 stycznia 2013 r. Natomiast odwołanie zostało wniesione do Prezesa Izby w formie pisemnej dopiero w dniu 1 lutego 2013 r.

Odwołujący nadał wprawdzie odwołanie w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 28 stycznia 2013 r. i w tym samym dniu faksem. Podkreślenia w tym miejscu wymaga jednak, 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 wyznaczonego ani z nadaniem odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faksu. Po rzeczowej 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 Prawa zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie „wniesienia

5

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 wyznaczonego, 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.

Podkreślić również należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie wiąże żadnych skutków prawnych z wniesieniem odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faksu. Zgodnie bowiem z art. 180 ust.4 ustawy Pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Bezskuteczność wnoszenia odwołania do Prezesa KIO w formie faksu wynika również z treści §7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), zgodnie z którym korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony do Izby może być przesyłana faksem, jednakże nie dotyczy to wniesienia odwołania.

Stanowisko powyższe jest utrwalone w jednolitym orzecznictwie Izby (por. przykładowo postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 12 kwietnia 2011 r. wydane w sprawie o sygn. akt KIO 729/11, postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 26 kwietnia 2010 r. wydane w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 529/10).

Tak więc za datę wniesienia odwołania w niniejszej sprawie należy uznać dzień 1 lutego 2013 r. – tj. datę wniesienia odwołania do Prezesa KIO w formie pisemnej, a nie dzień nadania odwołania w placówce pocztowej operatora wyznaczonego ani dzień przesłania odwołania do Prezesa KIO faksem.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 1 lutego 2013 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

6

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:

.....

.....

7