

Sygn. akt: KIO 448/12

POSTANOWIENIE
z dnia 14 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron **w dniu 14 marca 2012 r.**

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 06 marca 2012 r. przez wykonawcę **ENERGOPROJEKT - KRAKÓW SA, ul. Mazowiecka 21, 30-019 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **ENERGA - OPERATOR SA z siedzibą w Gdańsku, Oddział w Płocku, ul. Wyszogrodzka 106, 09-400 Płock**

przy udziale wykonawcy **Jarosława Kuklińskiego prowadzącego działalność pod nazwą „PRONAD” Firma Jarosław Kukliński, gospodarczą Usługowa, ul. Kościuszki 13, 10-502 Olsztyn** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 448/12 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża ENERGOPROJEKT - KRAKÓW SA, ul. Mazowiecka 21, 30-019 Kraków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr**

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez

ENERGOPROJEKT - KRAKÓW SA, ul. Mazowiecka 21, 30-019 Kraków 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 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Płocku**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 448/12

Uzasadnienie

Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej: „Pzp” którego przedmiotem jest: „Wykonanie audytu termicznego dotyczącego obciążalności prądowej linii elektroenergetycznych WN – 110 kV wraz z opracowaniem programu funkcjonalno - użytkowego” (numer P/7/7AU/00070/11). Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 249-406709 z dnia 28.12.2011 r.

Zgodnie z informacją z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez ENERGA - OPERATOR SA z siedzibą w Gdańsku, Oddział w Płocku, ul. Wyszogrodzka 106, 09-400 Płock zwaną dalej: „Zamawiającym” do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 448/12 wartość zamówienia oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 21.02.2012 r. e-mailem Zamawiający poinformował wykonawcę ENERGOPROJEKT - KRAKÓW SA, ul. Mazowiecka 21, 30-019 Kraków zwanego dalej: „ENERGOPROJEKT - KRAKÓW SA” albo „Odwołującym” o wyborze oferty najkorzystniejszej Jarosława Kuklińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „PRONAD” Firma Usługowa, Jarosław Kukliński, ul. Kościuszki 13, 10-502 Olsztyn zwanego dalej: „PRONAD” albo „Odwołującym”.

W dniu 06.03.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO - prezentata na piśmie),

pismo z dnia 01.03.2012 r. ENERGOPROJEKT - KRAKÓW SA wniosła odwołanie na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wobec w/w czynności Zamawiającego. Odwołanie podpisał Prezes Zarządu Piotr Molski ujawniony w KRS-ie załączonym do odwołania i umocowany do samodzielnej reprezentacji. Wpis uiszczonego 01.03.2012 r. (dowód uiszczenia wpisu). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 01.03.2012 r. (faxem). Odwołujący wskazywał, że niniejsze odwołanie dotyczy w/w czynności, która narusza art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdyż oferta wybrana kwalifikuje się do odrzucenia, jako zawierająca cenę rażąco niską. Wnosił o nakazanie powtórzenie czynności Zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 02.03.2011 r. wezwał (e-mailem) w trybie art. 185 ust. 1 Pzp uczestników postępowania przetargowego (dotyczyło tylko wykonawcy wybranego – wobec złożenia tylko dwóch ofert) do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 05.03.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) PRONAD zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wnosił *de facto* o oddalenie odwołania.

Zamawiający do chwili otwarcia posiedzenia nie udzielił odpowiedzi na odwołanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba z urzędu na posiedzeniu niejawnym dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Izba podnosi, że zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp 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.

Zgodnie z „*Prawem Zamówień Publicznych po zmianach z 2009 r.*” pod redakcją J. Sadowego, UZP W-wa 2010 r., str. 63: „1. W przypadku, gdy zamawiający poinformował wykonawców (uczestników konkursu) o czynności podjętej lub zaniechanej, termin do wniesienia odwołania zależy od wartości zamówienia oraz od sposobu przesłania wykonawcom informacji o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania, i wynosi: (.....)

2) gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne:

a) 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp – tzn. drogą elektroniczną lub faksem

b) 15 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego w inny sposób niż drogą elektroniczną lub faksem (...).”

Z treści odwołania, wyjaśnień Odwołującego, jak i Zamawiającego z dnia 08.03.2012 r. oraz z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 448/12 wynika, że „Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej” zostało przesłane drogą e-mailową Odwołującemu w dniu 21.02.2011 r. Zaś forma e-mailowa była przewidziana w Dziale VIII SIWZ (str. 6/10). W konsekwencji odwołanie

winno być składane w terminie 10 dni od dnia przesłania drogą elektroniczną „Zawiadomienia”, co zgodnie jest z treścią art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp. Termin, zaś na wniesienie odwołania upłynął dnia 02.03.2012 r.

Na marginesie jedynie, Izba wskazuje, że nawet uznanie za datę początkową – daty zapoznania się, co zgodnie z pismem wyjaśniającym Odwołującego z dnia 08.03.2012 r. miało miejsce 22.02.2012 r. także nie powodowałoby zachowania ustawowego 10 dniowego terminu, albowiem w takiej sytuacji – termin upływałby 03.03.2012 r.

W rezultacie powyższe odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO - w dniu 06.03.2012 r. (przystąpienie miało miejsce *de facto* przed wniesieniem odwołania – 05.03.2012 r.) należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Izba wskazuje, iż w prawie polskim istnieją wyjątki od zasady doręczenia (art. 61 kc) i zgodnie z regułą *exceptiones non sunt extendendae* nie mogą one podlegać wykładni rozszerzającej. Do regulacji o charakterze szczególnym zaliczyć należy przepis art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp określający na wniesienie odwołania termin 10 dni od dnia przesłania (m.in. za pośrednictwem e-mailu) informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Przepis wprost zatem stanowi, iż bieg terminu na wniesienie odwołania rozpoczyna się od dnia przesłania informacji o wyniku postępowania, a nie zapoznania się z jej treścią.

Z kolei przepisy Pzp co do terminów na złożenie odwołania (art. 182 ust. 1 Pzp) różnią różne terminy w zależności od tego, czy owa informacja zostanie przesłana wykonawcy w sposób umożliwiający bezpośredni i szybki odbiór tej informacji – faks, e-mail (szybkie pozyskanie informacji) – przewidując krótsze terminy (10 dni w zamówieniach o wartości równej lub przekraczającej wartości progów UE i 5 dni w zamówieniach o wartości nie przekraczającej tych progów), czy też w sposób, który oddali możliwość pozyskania informacji o czynności Zamawiającego od momentu jej przesłania – poczta, przewidując dłuższe terminy (15 dni w zamówieniach o wartości równej lub przekraczającej wartości progów UE i 10 dni w zamówieniach o wartości nie przekraczającej tych progów).

Jednocześnie, Izba zauważa, że po nowelizacji Pzp dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi KIO w terminie przewidzianym w Pzp. W przepisach Pzp po jej nowelizacji brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa KIO. Przepisy Pzp w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji wyraźnie stanowiły, że: „*złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu*” (art. 184 ust. 2 zd. drugie Pzp). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie „*wniesienia odwołania*” z jego doręczeniem. Z kolei dotrzymanie terminu wniesienia skargi na

3

orzeczenie Izby przez złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego zostało wyraźnie w Pzp przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie Pzp), co prowadzi do wniosku, że ustawodawca zdawał sobie sprawę z konsekwencji takiej regulacji. Gdyby bowiem wolą ustawodawcy było przyjęcie możliwości wniesienia odwołania z zachowaniem terminu z chwilą złożenia go na pocztę, to i w art. 182 Pzp takie rozwiązanie by wprost wprowadził.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 06.03.2012 r., a nie 01.03.2012 r. (data złożenia odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego), jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdza, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a 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).

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. pierwsze Pzp oraz § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom

postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....