Sygn. akt: KIO 2567/13

POSTANOWIENIE
z dnia 8 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 8 listopada 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2013 r. przez **wykonawcę Netzsch Gerätebau GmbH w Niemczech, w Selb Wittelsbacherstrasse 42** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Zaawansowanych Technologii Wytwarzania z siedzibą w Krakowie, ul. Wrocławska 37a**

przy udziale **wykonawcy Linseis Messgerate GmbH z siedzibą w Niemczech, w Selb Vielitzerstr. 43** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2567/13 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obcią a **wykonawcę Netzsch Gerätebau GmbH w Niemczech, w Selb Wittelsbacherstrasse 42** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000zł. 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Netzsch Gerätebau GmbH w Niemczech, w Selb Wittelsbacherstrasse 42** 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 2013 r., poz. 907) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2567/13

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę monta , uruchomienie i instrukta dylatometru z wyposa eniem i oprogramowaniem zostało wszczęte przez zamawiającego Instytut Zaawansowanych Technologii Wytwarzania z siedzibą w Krakowie, ul. Wrocławska 37a ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym tak e w dniu 16 sierpnia 2013r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2013/S 158-275745.
W dniu 23 października 2013r. zamawiający poinformował odwołującego wykonawcę Netzsch Gerätebau GmbH w Niemczech, w Selb Wittelsbacherstrasse 42 w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 – dalej ustawy) o wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Linseis Messgerate GmbH z siedzibą w Niemczech, w Selb Vielitzerstr. 43 oraz o sklasyfikowaniu odwołującego na drugim miejscu w rankingu ofert.

W dniu 31 października 2013r. odwołujący nadał w placówce pocztowej operatora publicznego listem poleconym priorytetowym odwołanie, które wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2013r. (1 i 3 listopada 2013r. dni ustawowo wolne od pracy). Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 października 2013r. dwóch dyrektorów zarządzających odwołującego zgodnie z odpisem z Rejestru Handlowego B nr 88 Sądu Rejonowego Rejestru Sądowego w Hof. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem, drogą elektroniczną i nadana do zamawiającego listem poleconym w dniu 31 października 2013r.

W dniu 31 października 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.
W dniu 4 listopada 2013r. bezpośrednio w formie pisemnej do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego od wykonawcy Linseis Messgerate GmbH z siedzibą w Niemczech, w Selb Vielitzerstr. 43. Zgłaszający wskazał, e ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, gdy jego oferta została uznana za najkorzystniejszą i w przypadku utrzymania decyzji zamawiającego ma szansę na zawarcie umowy o przedmiotowe zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez dyrektora

zarządzającego. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu bezpośrednio, odwołującemu drogą elektroniczną na adres pełnomocnika.

Izba ustaliła i zwa yła, co następuje :

Izba ustaliła, e wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po dniu 29 stycznia 2010 r., to jest po wejściu w ycie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym. Brzmienie to nie uległo w zakresie art. 182 ust. 1 ustawy, art. 184 ust. 2 i art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy zmianom do dnia 29 stycznia 2010r. do dnia wydawania orzeczenia.

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

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę przekraczającą wyra oną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – je eli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza ni kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp.

Informacja o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana odwołującemu w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy w dniu 23 października 2013r (do sam odwołujący przyznał w odwołaniu). Termin na wniesienie odwołania upłynął zatem dnia 2 listopada 2010 r. (sobota – zgodnie z ustawą z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy Dz. U. nr 4 poz. 28 ze zm. – nie jest dniem wolnym od pracy).

W konsekwencji powy szego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 4 listopada 2013r. nale y uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Izba wskazuje, e 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 Izby w terminie przewidzianym w ustawie. W przepisach

ustawy po nowelizacji ustawy brak bowiem domniemania, e zło enie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy ustawy w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji wyraźnie stanowiły, e: *„zło enie 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 uto samienie *„wniesienia odwołania”* z jego doręczeniem. Z kolei dotrzymanie terminu wniesienia skargi na orzeczenie Izby przez zło enie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego zostało wyraźnie w Pzp przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie Pzp), co prowadzi do wniosku, e ustawodawca

zdawał sobie sprawę z konsekwencji takiej regulacji.

Reasumując, nale y uznać, e odwołanie które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 4 listopada 2013r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy. Odwołujący skorzystał z mo liwości zło enia odwołania w formie pisemnej, ale ustawodawca ograniczając mo liwość korzystania z teorii wysłania w odniesieniu do odwołania dopuścił drugą alternatywną formę wniesienia odwołania tj. drogę elektroniczną z bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowalnym za pomocą wa nego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej. Z tej mo liwości odwołujący nie skorzystał.

Izba stwierdza, i termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu.

Izba stwierdziła, e zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy. .

Wobec powy szego, 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 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).

Przewodniczący

……