Sygn. akt: KIO 2643/13

POSTANOWIENIE
z dnia 26 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **26 listopada 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12.11.2013 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno-Wiertniczych G…….. J……., R…….. K……. Sp. Jawna, ul 23 stycznia 15, 41-260 Sławków** w postępowaniu prowadzonym przez **Południowy Koncern Węglowy Spółka Akcyjna, ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum Firm: 1) KOPEX – Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. w Bytomiu (Lider Konsorcjum), 2) Przedsiębiorstwo In ynierskie BIPROHUT Sp. z o.o. w Gliwicach (Członek Konsorcjum); 3) Biuro Studiów i Projektów Górniczych w Katowicach Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach; z adresem dla siedziby lidera: ul. Katowicka 18, 41-900 Bytom** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2643/13** po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obcią a **Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno-Wiertniczych G……. J……., R……. K…... Sp. Jawna, ul 23 stycznia 15, 41-260 Sławków** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000** zł **00** gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno-Wiertniczych G…… J……., R…… K……... Sp. Jawna, ul 23 stycznia 15, 41-260 Sławków** 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 Katowicach.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 2643/13

Uzasadnienie

Izba ustaliła, e odwołanie zostało zło one w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907) zwanej dalej: *„Pzp”* którego przedmiotem jest: *„Wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej, budowlano - wykonawczej i technicznej oraz pełnienie nadzoru autorskiego w zakresie inwestycji „Budowa szybu „Grzegorz" wraz z budową infrastruktury powierzchniowej".* Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 109-187147 z dnia 07.06.2013 r. przez Południowy Koncern Węglowy Spółka Akcyjna, ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno zwany dalej: *„Zamawiającym”.*

Zgodnie z informacją z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 2643/13 wartość zamówienia oszacowano na kwotę przekraczającą wyra oną w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych

na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 29.10.2013 r. (faxem) Zamawiający przesłał zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej - Konsorcjum Firm: 1) KOPEX – Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. w Bytomiu (Lider Konsorcjum), 2) Przedsiębiorstwo In ynierskie BIPROHUT Sp. z o.o. w Gliwicach (Członek Konsorcjum); 3) Biuro Studiów i Projektów Górniczych w Katowicach Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach; z adresem dla siedziby lidera: ul. Katowicka 18, 41-900 Bytom zwane dalej: *„Konsorcjum KOPEX"* albo *„Przystępującym"* oraz wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno-Wiertniczych G……. J……., R……. K……. Sp. Jawna, ul 23 stycznia 15, 41-260 Sławków zwane dalej: *„Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno-Wiertniczych G…….. J……., R……... K…… Sp. Jawna"* albo *„Odwołującym".*

W dniu 12.11.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno-Wiertniczych G.…… J……., R…….. K……. Sp. Jawna wniosło odwołanie wobec w/w czynności. Kopię odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 12.11.2013 r. (faxem).

Zamawiający w dniu 13.11.2013 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 15.11.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum KOPEX zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc

---

o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 26.11.2013 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, względnie o oddalenie odwołania w całości (ponad 70 stron).

Biorąc powy sze pod uwagę, Izba ustaliła i zwa yła co następuje:

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 Pzp.

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

Izba podnosi, e 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 - je eli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni – je eli 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 zale y 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 ni drogą elektroniczną lub faksem (…)".

Z treści odwołania wynika, e *„Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu Wykonawców z postępowania"* zostało przesłane listem poleconym Odwołującemu w dniu 29.10.2013 r., czyli – w inny sposób – co implikuje – termin 15 dniowy na wniesienie odwołania. Na tej podstawie w dniu 18.11.2013 r. mocą postanowienia został wyznaczony termin posiedzenia z udziałem stron z mo liwością skierowania odwołania do rozpoznania na rozprawie.

Natomiast, z odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego (przesłanej faxem w 26.11.2013 r.) oraz z dokumentacji postępowania (przekazanej w dniu 20.11.2013 r. – wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 2643/13 wynika, e *„Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu z postępowania"* zostało przesłane drogą faxową *Wykonawców* Odwołującemu w dniu 29.10.2013 r., co potwierdza pozytywny wydruk transmisji faxowej zakończony wynikiem: „OK." Powy sze potwierdza równie raport połączeń za okres 28.10.2013 -12.11.2013 r. dołączony przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie. Zaś forma faxowa była przewidziana w pkt 36 Instrukcji dla Wykonawców (str. 31 SIWZ). W konsekwencji odwołanie winno być składane w terminie 10 dni od dnia przesłania drogą faxową *„Zawiadomienia",* co zgodne jest z treścią art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp. Termin, zaś na wniesienie odwołania upłynął dnia 08.11.2013 r. Na tej podstawie Izba uznała, e istnieją podstawy do zniesienia terminu oraz wydania postanowienia o odrzuceniu odwołania na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

W rezultacie powy sze odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO - w dniu 12.11.2013 r. nale y uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Jednocześnie, Izba podnosi, e: *„(...) dowód w postaci raportu z transmisji faksu stwarza domniemanie prawne, e oświadczenie nadawcy doszło do adresata w sposób pozwalający mu zapoznać się z jego treścią. (...). (...) oświadczenie woli wysłane i odebrane za pomocą telefaksu nale y uwa ać za zło one z chwilą, w której adresat mógł zapoznać się z jego treścią. Chwilą tą jest chwila odbioru faksu przez aparat adresata (…)".* /za postanowieniem KIO z dnia 27.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1258/11/. Nale y tak e dodatkowo wskazać, e Odwołujący w zło onym odwołaniu w ogóle nie upublicznił okoliczności e dotychczas przesłania stosownego zawiadomienia w dniu 29.10.2013 r. mimo, korespondencja przesyłana do Odwołującego na numer faxu (32) 788-28-21 była odbierana – np. pismo z dnia 08.08.2013 r. wezwanie do uzupełnienia i zło enia wyjaśnień /fax z dnia 09.08.2013 r./. Niniejszy numer faxu był podany w ofercie Odwołującego – tak w formularzu, jak i pieczątce firmowej. Ponadto, w ocenie Izby, dla właściwego oznaczenia terminu na wniesienie odwołania oraz terminu w jakim mo liwe byłoby podpisanie umowy, znaczenie miało to oświadczenie (i jego forma), które jako pierwsze dotarło do wykonawców, czyli przesłane faksem. Jego potwierdzenie w formie pisemnej nie miało ju znaczenia dla biegu terminu i mogło być oceniane jedynie w kontekście potwierdzenia zawiadomienia przesłanego skutecznie faksem. /za wyrokiem z 19.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2641/12; KIO 2644/12; KIO 2650/12/.

Reasumując, nale y uznać, e odwołanie które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 12.11.2013 r., a nie 08.11.2013 r., jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Niezale nie od powy szego Izba stwierdza, i termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu.

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 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. z 2010 Nr 48, poz. 280 i Dz. U. z 2013 r. poz. 232) - 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:

……