

POSTANOWENIE
z dnia 21 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 21 marca 2011 r. w Warszawie odwołania z dnia 15 marca 2011 r. wniesionego przez **Józefa Pietrygę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PIDP Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Drogowe Józef Pietryga, ul. Nałkowskiej 28, 41-922 Radzionków** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Zarząd Dróg Powiatowych w Tarnowskich Górach, ul. Pyskowicka 54, 42-600 Tarnowskie Góry**

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Józefa Pietrygę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PIDP Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Drogowe Józef Pietryga, ul. Nałkowskiej 28, 41-922 Radzionków** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych), z kwoty wpisu uiszczonego przez **Józefa Pietrygę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PIDP Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Drogowe Józef Pietryga, ul. Nałkowskiej 28, 41-922 Radzionków**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

3. Nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego tegoż Urzędu kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych) na rzecz **Józefa Pietrygi, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PIDP Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Drogowe Józef Pietryga, ul. Nałkowskiej 28, 41-922 Radzionków**, z kwoty wpisu uiszczonego przez **Józefa Pietrygę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PIDP Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Drogowe Józef Pietryga, ul. Nałkowskiej 28, 41-922 Radzionków**.

Stosownie do treści art. 198a ust. 1 i art. 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „wykonanie remontów cząstkowych nawierzchni jezdni dróg powiatowych na terenie Gminy Zbrostawice w roku 2011”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 lutego 2011 r., pod nr 47855-2011.

Na podstawie akt sprawy, biorąc pod uwagę przyznane i wskazane przez Strony w pismach okoliczności, Izba ustaliła, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 3 marca 2011 r. Zamawiający zawiadomił, drogą faksową, Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty (okoliczność wynikająca z akt postępowania, jak również przyznana w odwołaniu).

W dniu 15 marca 2011 r. (data uwidoczniła na prezentacie Krajowej Izby Odwoławczej na piśmie), do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, wniesione przez Odwołującego od czynności Zamawiającego – wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty (nadane w dniu 8 marca 2011 r. w placówce pocztowej operatora publicznego).

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje:

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

Zgodnie ze znajdującym zastosowanie dla ustalenia terminu na wnoszenie odwołania w niniejszym przypadku art. 182 ust. 1 *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 3 marca 2011 r. i Odwołujący potwierdził otrzymanie tej informacji. Tym samym, pięciodniowy termin

3

na wniesienie odwołania rozpoczął bieg w dniu 4 marca 2011 r. i upłynął w dniu 8 marca 2011 r. Skoro zaś odwołanie zostało wniesione do Izby w dniu 15 marca 2011 r. (tego dnia wpłynęło), należało uznać, że termin ten nie został dotrzymany.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, 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 (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778) nie wiąże żadnych skutków z nadaniem odwołania w placówce operatora publicznego. Po rzeczowej nowelizacji, dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. W przepisach ustawy Pzp, po nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r., brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy ustawy Pzp w poprzednim 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 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 publicznego, co zostało wyraźnie w ustawie przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp po nowelizacji). Powyższe oznacza, że ustawodawca dla skutecznego wniesienia odwołania zastrzegł wyraźnie doręczenie odwołania w ustawowym terminie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Powyższe stanowisko zostało zaprezentowane również we wcześniejszych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej m.in. w sprawach o sygn. akt.: KIO/389/10, KIO/488/10, KIO/645/10, KIO/803/10, KIO/1025/10, KIO/1279/10. Prezentowane stanowisko spotkało się także z aprobatą sądów okręgowych, co znalazło odzwierciedlenie w następujących wyrokach: wyrok z dnia 16 września 2010 r. Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt XIX Ga 302/10, wyrok z dnia 21 września 2011 r. Sądu Okręgowego w Gorzowie Wlkp., sygn. akt V Ca 226/10, wyrok z dnia 26 listopada 2011 r. Sądu Okręgowego w Łodzi, sygn. akt X Ga 311/10.

W tym miejscu celowe wydaje się odwołać się do treści uzasadnienia wyroku wspomnianego Sądu Okręgowego w Łodzi, który przedstawił wyczerpujące rozważania dotyczące analizowanych kwestii, które w całej rozciągłości Izba podziela. „W niniejszej sprawie sporna jest w istocie treść normy wywiedzionej z przepisu art. 180 ust. 4 *in principio* PZP (...). Zgodnie z przywołanym przepisem odwołanie wnosi się do Prezesa Izby. Także

art. 182 ust. 1 pkt 2 PZP mówi o wniesieniu skargi. Należy więc zważyć, jakie zachowanie podmiotu składającego odwołanie spełnia ten wymóg.

W tym zakresie zwrócić należy uwagę, na metaregulę wykładni, zgodnie z którą pierwszeństwo należy przyznać regułom językowym interpretacji tekstu prawnego. Bowiem w państwie prawnym interpretator musi zawsze w pierwszym rzędzie brać pod uwagę językowe znaczenie tekstu prawnego (vide: uzasadnienie wyroku TK z 28 czerwca 2000 roku wydanego w sprawie o sygn. akt K 25/99, opubl. w: OTK 2000, z. 5, poz. 141; uzasadnienie uchwały SN z 18 września 1998 roku wydanego w sprawie o sygn. akt III CZP 32/98, opubl. w: OSNC 1999, z. 1, poz. 2). Skoro znaczenia takich pojęć jak „odwołanie” czy „Prezes Izby” są oczywiste, uwagę należy skupić na pojęciu „wnieść”.

Celowe jest odwołanie się do zdrowego rozsądku i słowników, które wskazują, że „wnieść” oznacza „przedstawić, przedłożyć komuś coś do rozpatrzenia, załatwienia” (por. znaczenie 2 wyrazu „wnieść” [w:] *Komputerowy Słownik Języka Polskiego. Edycja 1998*, PWN). Za takowe może być uznane jedynie fizyczne złożenie odwołania w biurze podawczym Prezesa Izby (KIO). Śadna racja językowa nie pozwala na potraktowanie jako „wniesienia” czynności polegającej na złożeniu pisma w polskiej placówce pocztowej operatora publicznego – nie jest to bowiem przedstawienie odwołania Prezesowi KIO. Zasadnie więc KIO uznała, że powyższy wymóg spełnia jedynie wpływ pisma do Prezesa Izby.

Jednocześnie nie jest więc tak (...), że przepisy ustawy milczą na temat konieczności wpływu odwołania do Prezesa Izby przed upływem ustawowego terminu. Przepisy wprost wskazują na konieczność faktycznego wpływu odwołania do Prezesa w ustawowym terminie. Stanowisko to jest aktualnie konsekwentnie prezentowane w orzecznictwie (vide: przykładowo teza postanowienia KIO z 26 kwietnia 2010 roku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO/529/10, publ. w: *Legalis* wersja 560).(...)

Oczywiście Sąd Okręgowy dostrzega, płynącą z powyższego wniosku, niespójność systemu prawa (na co wskazuje choćby dyspozycja art. 198b ust. 2 zd. II PZP). W takiej sytuacji, zgodnie z regułą potwierdzenia, konieczne jest sięgnięcie do pozostałych rodzajów wykładni, jak choćby: systemowej, historycznej, celowościowej czy funkcjonalnej. Tylko to pozwoli na uniknięcie merytorycznie błędnych wniosków (por. teza z uzasadnienia uchwały SN z 27 marca 1996 roku wydanego w sprawie o sygn. akt III CZP 24/96, przywołane [w:] *L. Morawski, Wykładnia w orzecznictwie sądów*, Toruń 2002, str. 97).

Powyższy wniosek petryfikuje również wynik wykładni systemowej. Zwrócić bowiem należy uwagę, że we wszystkich trzech najważniejszych ustawach proceduralnych ustawodawca za konieczne uznał zawarcie przepisu, zgodnie z którym oddanie pisma w polskiej placówce pocztowej operatora publicznego ma skutki równe wniesieniu go do odpowiedniego organu, ew. równoważnego (por. art. 165 § 2 KPC, 124 KPK i 57 § 5 pkt 2

KPA). W konsekwencji mimo że regułą jest, iż nadanie pisma do organu wymiaru sprawiedliwości, ew. organu władzy publicznej, w polskiej placówce pocztowej operatora publicznego jest zrównane z wniesieniem go do organu, to jednakże ustawodawca za konieczne uważa wskazanie *expresis verbis* takiej możliwości w przepisach prawa. Wniosek ten potwierdzają także regulacje Prawa zamówień publicznych, gdzie przykładowo w art. 198b ust. 2 zd. II PZP wskazano, że złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jej wniesieniem. Rozumując *a contrario* wszędzie tam, gdzie takiego zapisu brak (a brak go w art.: 180 i 182 PZP), za niewystarczające dla spełnienia wymogów wniesienia pisma, jest jego nadanie w polskiej placówce pocztowej operatora publicznego – nie stanowi to jeszcze wniesienia pisma.

W ramach wykładni systemowej dodatkowo należy wskazać, że również art. 185 ust. 7 PZP w zw. z art. 13 § 2 KPC nie pozwala, aby do wniesienia odwołania stosować art. 165 § 2 KPC. Art. 185 ust. 5 PZP znajduje się mniej więcej po środku rozdziału o odwołaniu, już po przepisach dotyczących wniesienia odwołania, a przed przepisami normującymi dalsze postępowanie odwoławcze. Skoro zaś przepisy prawne należy interpretować biorąc pod uwagę ich miejsce w systematyce aktu normatywnego (*argumentum a rubrica*), przepis ten znajduje zastosowanie do czynności określonych w art. 186 i n. PZP (nie zaś do czynności z art. 180 ust. 4 PZP). Bowiem inne przepisy Prawa zamówień publicznych wskazują, iż

zasadą było posługiwanie się przez ustawodawcę techniką, w myśl której odesłanie było umieszczane przed przepisami, których dotyczyło (por. art.: 14, 139 ust. 1 i 198a ust. 2 PZP). Gdyby zamiarem ustawodawcy było odesłanie do przepisów KPC w zakresie całego postępowania odwoławczego, przepis ten umieszczony byłby na początku rozdziału (jak art. 198a ust. 1 PZP); umieszczenie go po środku musiało być podyktowane koniecznością umieszczenia w tekście cezury: do czynności wymienionych do tej pory nie należy stosować przepisów KPC, ale do czynności wymienionych od tego miejsca należy stosować przepisy KPC (...).

Jeśli podzielić założenie (...), że nawet przy braku regulacji analogicznej do art. 198b ust. 2 zd. II PZP, pismo nadane w polskiej placówce pocztowej operatora publicznego uważa się za wniesione, to czyniłoby to zbędną ostatnio przywołaną regulację, ale i m.in. art. 165 § 2 KPC. Taka wykładnia, jako sprzeczna z regułą *per non est*, jest niedopuszczalna (uzasadnienie uchwały SN {7} z 16 marca 2000 roku wydanej w sprawie o sygn. akt I KZP 53/99, opubl. w: OSNKW 2000, z. 3-4, poz. 21).

Również wykładnia historyczna nie podważa wniosku, że nadanie odwołania w polskiej placówce pocztowej operatora publicznego nie spełniało wymogu wniesienia pisma do Prezesa Izby. Zwrócić bowiem należy uwagę, że art. 184 ust. 2 zd. II PZP w brzmieniu redakcyjnym i numeracji obowiązujących do 28 stycznia 2010 roku przewidywał, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego

6

wniesieniem do Prezesa Urzędu. Zmianą dokonaną mocą art. 1 pkt 40 ustawy z 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) wyłączono taką możliwość w zakresie wniesienia odwołania. Oznacza to, że w tym zakresie ustawodawca zdecydował się na metodę regulacji negatywnej – nie zawierając w przepisach prawa takiej możliwości, wyłączył stosowanie tej regulacji również w drodze analogii (czy to *legis* czy *iuris*) do wniesienia odwołania.

Przewołany przepis noweli do PZP wprowadził art. 198b ust. 2 zd. II, zgodnie z którym złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jej wniesieniem. Nie można więc twierdzić, że w noweli ustawodawca zapomniał o takiej możliwości wniesienia pisma. Również z tego względu pominięcie takiej możliwości w zakresie odwołania musi być uznane za wynik wspomnianej regulacji negatywnej (...).

Jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw wraz z projektami aktów wykonawczych, celem szeregu regulacji Prawa zamówień publicznych, które weszły w życie 29 stycznia 2010 roku, było przyspieszenie i usprawnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. druk nr 2310 Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej VI Kadencji). Z tej samej perspektywy należy odczytać wymóg, aby odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby najpóźniej w ustawowym terminie jego wniesienia. Przyczyni się to bowiem do skrócenia czasu trwania postępowania z odwołania, a więc i postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Również więc wykładnia celowościowa nie podważa wykładni przywołanych przepisów (...).

Wreszcie argumenty podnoszone (...) w zakresie wykładni funkcjonalnej nie podważają powyższych wyników interpretacji przepisów prawa. Potencjalne problemy z możliwym funkcjonowaniem w obrocie przepisów art. 182 PZP i niebezpieczeństwo z tym związane dla ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie mają znaczenia (...). To uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winien tak zorganizować pracę swojego przedsiębiorstwa, aby w terminie wnieść odwołanie. Przeciwnie zachowanie, jako rażąco niedbałe, nie zasługuje na ochronę (zgodnie z łacińską premią *culpa lata dolo aequiparatur*)."

Reasumując, należy uznać, że odwołanie, które wpłynęło w dniu 15 marca 2011 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

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.

Na marginesie dodać należy, iż odnosząc powyższe rozważania do sytuacji wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

Zamawiającego, należało stwierdzić, iż w świetle art. 185 ust. 3 w zw. z ust. 2 ustawy Pzp wykonawca ten nie może być uznany za uczestnika postępowania odwoławczego. Wskazany wykonawca zgłosił bowiem przystąpienie do postępowania odwoławczego w formie pisemnej w dniu 15 marca 2011 r., zaś termin upływał, przy uwzględnieniu oświadczenia tego wykonawcy, iż wezwanie do zgłoszenia przystąpienia otrzymał w dniu 9 marca 2011 r., w dniu 12 marca 2011 r. Wykonawca co prawda zgłosił przystąpienie *via fax* w dniu 11 marca 2011 r., jednakże skutku zgłoszenia przystąpienia (stania się uczestnikiem postępowania odwoławczego) ustawodawca nie wiąże ze zgłoszeniem w innej formie niż pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu przedmiotowego pisma.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 10 000,00 zł. W tym miejscu należy wyjaśnić, iż co prawda Odwołujący uiścił wpis w wysokości 20 000,00 zł, jednakże do kosztów postępowania odwoławczego, w świetle powołanych przepisów, należało zaliczyć wpis w wysokości prawidłowo ustalonej dla niniejszego postępowania. Zaś, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 powoływanego rozporządzenia, wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, którego wartość jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane, wynosi 10 000,00 zł. Uwzględniając powyższe, postanowiono o zwrocie Odwołującemu kwoty 10 000,00 zł.

Przewodniczący:

.....