

POSTANOWIENIE
z dnia 16 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 16 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego MC Construction spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, Be Beton spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Nowogrodzie Bobrzańskim, NMC spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem jest: „*Generalny Realizator Inwestycji [GRI]: Budowa elektrowni wodnej i dostosowanie jazu Oława dla potrzeb energetycznych*”, prowadzonym przez PGE Energia Odnawialna SA w Warszawie, przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- A. Bilfinger Berger Budownictwo SA w Warszawie;
- B. Melbud SA w Grudziądzu;
- C. Mostostal Warszawa SA w Warszawie;
- D. Warbud SA w Warszawie

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,
2. kosztami postępowania obciążyć Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego MC Construction spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, Be Beton spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Nowogrodzie Bobrzańskim, NMC spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr [słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego MC Construction spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, Be Beton spółkę z ograniczoną

odpowiedzialnością w Nowogrodzie Bobrzańskim, NMC spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku 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. 113, poz. 759 ze zm.] 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

KIO 2418/11

Uzasadnienie

Zamawiający PGE Energia Odnawialna SA w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, którego przedmiotem jest: „*wybór Generalnego Realizatora Inwestycji [GRI]: Budowa elektrowni wodnej i dostosowanie jazu Oława dla potrzeb energetycznych*”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych [tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.]. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 lipca 2011 r. pod nr 2011/S 132-220198.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Postępowanie wszczęto po dniu 29 stycznia 2010 r., tym samym, do niniejszego odwołania w oparciu o art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych ustawy nowelizującej, stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw [Dz. U. Nr 223, poz. 1778 z dnia 29 grudnia 2009].

W dniu 27 października 2011 r. ok. godz. 16.35 Odwołujący otrzymał faksem informację o zaproszeniu do składania ofert wstępnych pięciu wybranych wykonawców oraz o wykluczeniu dwóch pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego z postępowania.

Zamawiający przekazał także informację w dniu 27 października 2011 r. za pomocą poczty elektronicznej o godz. 16.33. Ze złożonego przez Zamawiającego wydruku historii wiadomości przesłanej pocztą elektroniczną wynika, że wiadomość została odczytana przez adresata w tym samym dniu, o godz. 18.40. Odwołujący podał, że z czynnością Zamawiającego zapoznał się w dniu 28 października 2011 r. - *informacja została przekazana faksem, po godzinach pracy, w dniu 27.10.2011r. o godz. 16.38 [jest to godzina nadania ESP SA Warszawa z nr 624 25 55] - vide: pismo Odwołującego z dnia 10 listopada 2011 r., L.Dz. 111/2011.*

W dniu 9 listopada 2011r. [data uwidoczniła na prezentacie Krajowej Izby Odwoławczej na odwołaniu], do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego MC Construction spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, Be Beton spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Nowogrodzie Bobrzańskim, NMC spółki z ograniczoną

3

odpowiedzialnością w Gdańsku, od czynności Zamawiającego polegającej na ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i poinformowaniu o zamiarze zaproszenia do składania ofert wstępnych pięciu wybranych wykonawców oraz o wykluczeniu dwóch pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego z postępowania. Odwołanie zostało nadane przesyłką poleconą w dniu 7 listopada 2011 r. [prezentata pocztowa na kopercie]. W końcowej części odwołania Odwołujący podał, iż *Odwołanie zostaje wniesione w dniu 7 listopada 2011 roku, czyli w terminie przewidzianym art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych.*

Odwołujący w dniu 7 listopada 2011 r. przesłał faksem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej treść odwołania [dowód w aktach sprawy].

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z treścią art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza 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 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 ustawy, tj. faksem lub drogą elektroniczną.

Dopuszczonymi w art. 27 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych formami komunikacji zamawiającego z wykonawcami są faks oraz droga elektroniczna. Zamawiający informację o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania przesłał Odwołującemu faksem w dniu 27 października 2011 r., co Odwołujący potwierdził, podając jednocześnie, że dopiero w dniu 28 października 2011 r. zapoznał się z treścią pisma Zamawiającego. W dniu 27 października 2011 r. dodatkowo przesłano pocztą elektroniczną informację o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania.

Dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania upływał w dacie 7 listopada 2011 r. [dziesiąty dzień terminu wypada bowiem w niedzielę]. Natomiast odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 9 listopada 2011 r.

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 nie wiąże żadnych skutków z nadaniem odwołania w placówce operatora publicznego ani z nadaniem odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faksu.

Po rzeczonyj 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 ustawy Prawo 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 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. 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 odwołać 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 dostrzeża, 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 *expressis 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

6

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 cezur: 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 z 16 marca 2000 roku wydanego 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 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.

7

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 paremią *culpa lata dolo aequiparatur*).”

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 treścią art. 180 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Bezskuteczność wnoszenia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faksu wynika również z treści § 7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań [Dz. U. Nr 48, poz. 280], zgodnie z którym korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony do Krajowej Izby Odwoławczej może być przesyłana faksem, jednakże nie dotyczy to wniesienia odwołania. Faks nie stanowi formy pisemnej, wymaganej przez ustawę dla złożenia odwołania. Forma pisemna polega na złożeniu własnoręcznego podpisu przez osobę dokonującą czynności na dokumencie zawierającym jej oświadczenie woli. Jak wskazano w uchwale Sądu

Najwyższego z dnia 2 października 2002 r., III PZP 17/02, „przesłanie faksem [telefaksem] dokumentu zawierającego oświadczenie woli, na którym był złożony własnoręczny podpis, nie spełnia warunku podpisu własnoręcznego”. Natomiast, w uchwale z dnia 20 grudnia 2006r. w sprawie o sygn. I KZP 29/06, Sąd Najwyższy stwierdził, iż „podpis własnoręczny na piśmie procesowym nie może być zastąpiony nie tylko podpisem sporządzonym na maszynie [jak np. w wypadku sporządzenia dokumentu techniką komputerową czy też nadania go telegramem], ale też żadnym innym podpisem mechanicznym, np. faksymile, bądź kserograficzną odbitką własnego podpisu. Trzeba bowiem podkreślić, w kontekście wątpliwości wyrażonych w pytaniu prawnym, że nawet najwierniejsze, a wręcz idealne odwzorowanie podpisu za pomocą pieczęci, kliszy fotograficznej, czy też metodą kserografii [elektrofotograficzną] nie zmienia faktu, że taki podpis stanowi kopię podpisu oryginalnego, co powoduje, iż nie da się stwierdzić, czy jest podpisem niezaprzeczalnie własnoręcznym, a więc takim, który pochodzi od osoby składającej pismo procesowe, i takim, który rzeczywiście został złożony przez tę osobę w piśmie procesowym zgodnie z jej wolą.”

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, wniesienia odwołania w formie faksu nie można również rozpatrywać w kategoriach odwołania obarczonego brakami formalnymi podlegającymi usunięciu w trybie art. 187 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, w szczególności o których mowa w art. 180 ust. 3,

niezłożenia pełnomocnictwa lub nieuiszczenia wpisu, Prezes Izby wzywa odwołującego pod rygorem zwrócenia odwołania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania lub złożenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, z treści powołanego przepisu wynika, że ustawodawca wśród przesłanek, które obligowałyby Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do wezwania do usunięcia braków formalnych odwołania nie wymienił niezachowania wymaganej zgodnie z art. 180 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych formy odwołania. Na prawidłowość powyższej interpretacji wskazuje również analiza treści przepisu § 9 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, albowiem wśród braków formalnych odwołania podlegających uzupełnieniu w tym trybie nie wymieniono niezachowania wymaganej zgodnie z art. 180 ust. 4 ustawy i § 7 ww. Rozporządzenia formy odwołania.

Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w orzecznictwie sądowym – w wyroku Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 21 września 2010 r., w sprawie o sygn. V Ca 226/10 [niepubl.] Sąd podał, iż „[...] *odwołanie, zgodnie z art. 180 ust. 4 winno być wniesione w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Jak widać zatem ustawodawca nie przewidział możliwości wniesienia odwołania za pomocą faksu*”.

9

Tak więc, za datę wniesienia odwołania w niniejszej sprawie należy uznać dzień 9 listopada 2011 r. – tj. datę wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej, a nie dzień przesłania odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej faksem albo nadania przesyłki w urzędzie pocztowym. Nie może przy tym zmienić powyższej oceny podniesiona przez Odwołującego okoliczność, że zapoznał się z treścią faksu zawierającego informację o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania w dniu 28 października 2011 r. – również przy takim założeniu termin na wniesienie odwołania nie zostały zachowane [upływałby również w dniu 7 listopada 2011 r.].

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 9 listopada 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 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 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 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].

Przewodniczący:

10