

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 września 2010r.

Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim V Wydział Cywilny Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący Protokolant SSO Barbara Janiak
SSO Robert Bogusz (spr.)
Sędziowie SSO Jolanta Sojka-Kardas

sekr. sądowy Barbara Kozłowska

po rozpoznaniu w dniu 21 września 2010 r. w Gorzowie Wielkopolskim

na rozprawie

ze skargi

**Przedsiębiorstwa Usługowo-Produkcyjne "POMOT" spółka z
ograniczoną odpowiedzialnością w Chojnie**

z udziałem zamawiającego

Gminy Kłodawa

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych
w Warszawie

z dnia 16 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 389/10

I. oddala skargę;

**II. zasądza od skarżącego na rzecz zamawiającego kwotę 3.600 złotych tytułem
zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.**

■»»»S

••*»»» 1 I IIMBI •

»•

Uzasadnienie

Postanowieniem z dnia 16 kwietnia 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie KIO/UZP 389/10 po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym odwołania z dnia 12 marca 2010 r. wniesionego przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne "POMOT" sp. z o.o. w Chojnie, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kłodawa odrzucił odwołanie i kosztami postępowania obciążył odwołujące przedsiębiorstwo.

W uzasadnieniu wskazała, że zamawiający - Gmina Kłodawa - prowadziła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę fabrycznie nowego samochodu asenizacyjnego dla Gminy Kłodawa. Wartość zamówienia oszacowano na kwotę 90.518,36 euro (347.500,00 zł), co wynikało z protokołu postępowania i pisma zamawiającego z dnia 17 marca 2010 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 lutego 2010 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych, poz. 35608. Odwołujący - Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne spółka z o.o. w Chojnie wniósł odwołanie, które wpłynęło w dniu 12 marca 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (pismo z dnia 8 marca 2010 roku, nadane listem poleconym w placówce operatora publicznego w dniu 8 marca 2010 r.). Powyższe odwołanie zostało również przekazane Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej za pośrednictwem faksu. W odwołaniu odwołujący zakwestionował decyzję zamawiającego z dnia 1 marca 2010 r. o wykluczeniu go z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty. Odwołujący wskazał, że decyzja o wykluczeniu go z postępowania została mu doręczona w dniu 3 marca 2010 r. Z dokumentacji przekazanej przez zamawiającego wynikało, że decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty z dnia 1 marca 2010 r. została przekazana odwołującemu faksem w dniu 2 marca 2010 r. czego dowodem jest "raport - potwierdzenie wysłania" faksu na numer odwołującego podany w ofercie z wynikiem "OK" w aktach sprawy. Odwołanie w formie pisemnej zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2010 r. Odwołujący do odwołania załączył dowód nadania kopii odwołania zamawiającemu listem poleconym w placówce operatora publicznego w dniu 8 marca 2010 r. Ponadto odwołujący wskazał w odwołaniu, że kopię odwołania przekazał zamawiającemu faksem w dniu 8 marca 2010 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 marca 2010 r. określił, iż nie zgadza się z zarzutami odwołującego w zakresie wykluczenia odwołującego oraz w konsekwencji odrzucenia jego oferty i dodatkowo zaznacza, iż nie otrzymał kopii odwołania faksem w dniu 8 marca 2010 r. Zamawiający oświadczył, iż kopię odwołania otrzymał w dniu 10 marca 2010 r., tzn. tuż po podpisaniu przez zamawiającego umowy z wykonawcą, którego ofertę uznano w postępowaniu za najkorzystniejszą. W dniu 11 marca 2010 r. zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Pismem z dnia 15 marca 2010 r. (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2010 r.) wykonawca Dobrowolski sp. z o.o. we Wschowie przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało zamieszczone w BZP w dniu 8 lutego 2010 r., to jest po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Zatem w oparciu o art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych ustawy nowelizującej do

rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania znajdowały zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem wskazanych nowelizacji, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku. Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 i 7 ustawy⁷ Prawo zamówień publicznych. Przedmiotem zamówienia publicznego była dostawa, której wartość oszacowano na kwotę poniżej progów, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (poniżej tzw. "progów unijnych"). Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie w postępowaniu, którego wartość jest poniżej progów unijnych wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji - faksem lub drogą elektroniczną - o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Odwołujący w treści odwołania przyznał, że informację o wyniku postępowania otrzymał w dniu 3 marca 2010 roku, a z dokumentacji postępowania wynika, że w dniu 2 marca 2010 r. zawiadomiono go drogą faksową (powyższa informacja została również wysłana listem poleconym) - zatem od dnia 2 marca 2010 r. należy liczyć pięciodniowy termin na wniesienie odwołania, wskazany w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który upływał w dniu 8 marca 2010 roku (z uwagi na to, że 7 marca 2010 r. przypadał w niedzielę). W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej w dniu 12 marca 2010 r. (za pomocą faksu - wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2010 r. - prezentata KIO) należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu. Po nowelizacji ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie (podobnie: postanowienie KIO z dnia 09.04.2010 L, sygn. akt KIO/UZP 454/10). W przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych po jej nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 roku brak jest bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy ustawy Prawo 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 Prawa zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie "wniesienia odwołanie" z jego doręczeniem. Dotrzymanie terminu wniesienia skargi na orzeczenie Izby przez złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego zostało wyraźnie w ustawie przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie Prawa zamówień publicznych po nowelizacji), co oznacza, że ustawodawca musiał zdawać sobie sprawę z konsekwencji takiej regulacji. Na marginesie dodano, iż zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 4 ustawy⁸ Prawo zamówień publicznych odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Tym samym za niewystarczające w świetle obowiązujących przepisów ustawy jest wniesienie odwołania wyłącznie drogą faksową, ponieważ forma pisemna polega na złożeniu własnoręcznego podpisu przez osobę dokonującą czynności na dokumencie zawierającym jej oświadczenie woli. W tej sytuacji uznano, że odwołanie które wpłynęło w dniu 12 marca 2010 roku jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie. Z odwołania oraz dokumentacji postępowania wynika, iż odwołujący nadał kopię odwołania zamawiającemu listem poleconym w placówce operatora publicznego w dniu 8 marca 2010 r., która to wpłynęła do zamawiającego w dniu 10 marca 2010 r. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Skoro kopia odwołania wpłynęła do zamawiającego w dniu 10 marca 2010 r. można jednoznacznie stwierdzić, iż zamawiający nie mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia. W przedmiotowym postępowaniu kopia odwołania dotarła do zamawiającego w dniu 10 marca 2010 r., czyli już po upływie terminu na wniesienie odwołania. Mając

powyższe na względzie nie można zatem uznać, iż przekazanie kopii odwołania nastąpiło jednocześnie z jego wniesieniem. Tym samym Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem ustawowego obowiązku przekazania kopii odwołania zamawiającemu i podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niezależnie od powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2010 r. jest odwołaniem wniesionym z naruszeniem przepisu ustawy i podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto Izba ustaliła także, iż przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawcy Dobrowolski sp. z o.o., nie może być skuteczne ponieważ wniesione zostało z uchybieniem terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie Izba ustaliła, że na podstawie art. 7 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy dotychczasowego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późno zm.). O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na powyższe postanowienie skargę złożyło Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne "POMOT" sp. z o.o. w Chojnie. Postanowienie zostało zaskarżone w całości. Skarżonemu postanowieniu zarzucono:

I naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.

1. art. 1 pkt 2) str. 38 akapit 4 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11.12.2007 zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. UE. L. 335/331), poprzez jego nieuwzględnienie przy wydawaniu skarżonego postanowienia, w sytuacji gdy proces implementacji tej dyrektywy został dokonany nienależycie, zaś normy wynikające z tej dyrektywy a odnoszące się do terminów wnoszenia odwołań od rozstrzygnięć w zakresie przetargów dotyczących robót budowlanych, handlu i usług są o wiele bardziej korzystniejsze i donioślejsze w skutkach dla podmiotów prawa aniżeli przepisy prawa wewnętrznego Polski oraz zostały wyrażone bezwarunkowo i przejrzysto;
2. art. 1 pkt 1 str. 36 akapit 3 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11.12.2007 zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. UE. L. 335/331), poprzez jego nieuwzględnienie przy wydawaniu skarżonego postanowienia, w sytuacji gdy proces implementacji tej dyrektywy został dokonany nienależycie, zaś normy wynikające z tej dyrektywy a odnoszące się do sposobów wnoszenia odwołań od rozstrzygnięć w zakresie przetargów dotyczących robót budowlanych, handlu i usług są o wiele bardziej korzystniejsze i donioślejsze w skutkach dla podmiotów prawa aniżeli przepisy prawa wewnętrznego Polski oraz zostały wyrażone bezwarunkowo i przejrzysto.

II naruszenie przepisów prawa procesowego, tj.

3. art. 182 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 27 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2007, Nr 223, poz. 1655 z późno zra.) poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że termin dla wniesienia odwołania od decyzji Zamawiającej rozstrzygającej przetarg wynosił 5 dni, w sytuacji gdy w rzeczywistości wynosił on dni 10 w związku z otrzymaniem decyzji rozstrzygającej jedynie w formie pisemnej;
4. art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2007, Nr 223, poz. 1655 z późno zm.) poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że odwołanie zostało wniesione faksem po terminie, w związku z tym, że prezentata urzędu odbita na odwołaniu datowana jest na 9 marca 2010 r. w sytuacji gdy sam skład orzekający przyznał, że faks dotarł do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2010 r.;
5. art. 27. ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2007, Nr 223, poz. 1655 z

późno zm.) poprzez błędne przyjęcie, że termin na wniesienie odwołania biegł od dnia 2 marca 2010 r., w sytuacji gdy dla powoływania się na skuteczność tejże czynności Zamawiająca winna była, przy hipotetycznym założeniu wysłania tego faksu w dniu 1 marca 2010 r., zażądać od skarżącej niezwłocznego potwierdzenia faktu otrzymania takiego faksu, co w przedmiotowej sprawie w ogóle nie nastąpiło;

6. art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2007, Nr 223, poz. 1655 z późno zm.) poprzez jego niewłaściwą wykładnię, a przez to uznanie, że odpis odwołania wniesiony w sposób określony w art. 27. ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w terminie na wniesienie odwołania nie został zamawiającej doręczony, a przez to nie zapoznała się ona z jego treścią przed upływem terminu, w sytuacji gdy odpis odwołania został przekazany zamawiającej w dniu 8 marca 2010 r. w przepisany terminie i w przepisanej formie;

7. art. 189 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2007, Nr 223, poz. 1655 z późno zm.), poprzez nierozpoznanie odwołania w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi Izby, w sytuacji gdy odwołanie to doręczono dnia 8 marca 2010 r. zaś rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej zapadło 16 kwietnia 2010 r.;

8. art. 196 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2007, Nr 223, poz. 1655 z późno zm.), poprzez wysłanie odpisu orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wraz z uzasadnieniem w dniu 21 kwietnia 2010 r. , czyli po 5 dniach od wydania orzeczenia, nie zaś w przepisany ustawowo terminie 3 dni od wydania orzeczenia, tj. w dniu 19 kwietnia 2010 r.;

9. § 34 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 2010, Nr 48, poz. 280) poprzez niewskazanie w orzeczeniu wszystkich wymaganych przepisami prawa elementów orzeczenia, tj. braku wskazania osoby protokolanta protokolującego w dniu 16 kwietnia 2010 r. niejawne posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej.

Powołując się na powyższe skarżący wniósł o uchylenie skarżonego postanowienia w całości i zasądzenie od zamawiającej na rzecz skarżącej kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu skarżący podniósł, że w sprawie zastosowanie będą miały przede wszystkim przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem jej ostatniej nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2009, Nr 223, poz. 1778), która to nowelizacja weszła w życie w dniu 29 stycznia 2010 r. Według skarżącego

przesłanką do uchwalenia stosownej nowelizacji był wymóg harmonizacji prawa wspólnotowego wynikający z dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. UE. L. 335/331) (dalej: dyrektywa 2007/66/WE), którą niewątpliwie należy brać pod uwagę przy wykładni przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Dyrektywa ta doprecyzowuje kwestie odnoszące się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawę i roboty budowlane, o których mowa w art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi [Dz.UE.L. 134 z 30 kwietnia 2004 str. 114]

Nadto w rozpatrywanej sprawie, zdaniem skarżącego, uwzględnić również należy przepisy wynikające z Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 2010, Nr 48, poz. 280), które weszło z dniem ogłoszenia, tj. 29 marca 2010 r., które wskazuje wymogi formalne jakim winno odpowiadać orzeczenie wydane przez KIO.

Skarżący wskazał, że nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. wynikała z potrzeby harmonizacji przepisów wspólnotowych, jaka to potrzeba wynikała z wspólnej dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i

Rady. Termin wdrożenia dyrektywy upływał z dniem 20 grudnia 2009 r., zaś wskazówki odnośnie harmonizacji prawa wewnętrznego dotyczyły głównie zapewnienia wykonawcom prawa do korzystania z efektywnego systemu środków ochrony prawnej, skutecznego mechanizmu sankcjonowania przypadków naruszeń przez zamawiających przepisów o zamówieniach publicznych poprzez określenie zasad i warunków unieważniania umów albo nakładania kar alternatywnych. Wskazać należy, że przyjęta wskutek dyrektywy nowelizacja dosyć istotnie zmieniła dotychczasową procedurę odwoławczą, likwidując instytucję protestu i czyniąc odwołanie jedynym środkiem ochrony prawnej. Nadto nowelizacja określiła nowe szczegółowe terminy na wniesienie odwołania od rozstrzygnięć przetargowych, uzależniając te terminy od wartości zamówienia publicznego. W świetle obowiązujących w dniu wnoszenia przez skarżącą odwołania przepisów, kwestię terminu na wniesienie odwołania regulował i nadal reguluje art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym 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 ustawy, albo w terminie 10 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. A zatem termin na wniesienie odwołania został uzależniony od tego w jaki sposób skarżąca dowiedziała się o rozstrzygnięciu przetargu. Skarżąca podniosła, że o rozstrzygnięciu przetargu dowiedziała się listem poleconym datowanym na dzień 1 marca 2010 r., jednakże otrzymanym dnia 3 marca 2010 r.

Skarżąca nie otrzymała faksu od zamawiającej w przedmiocie rozstrzygnięcia przetargu, dziwi zatem stosowne potwierdzenia nadania faksu jakie zamawiająca dołączyła do akt sprawy. W świetle powyższego termin na wniesienie odwołania biegł dla skarżącej dopiero od dnia następującego po otrzymaniu listu poleconego, tj. od dnia 4 marca 2010 r. i upływał z dniem 13 marca 2010 r. Odwołanie wniesione zatem w dniu 8 marca 2010 r. przez skarżącą zostało wniesione w przepisany terminie. Nadto wskazać należy, że przy hipotetycznym założeniu i przyjęciu koncepcji zamawiającej, że doszło do przesłania informacji o rozstrzygnięciu w formie faksu w dniu 2 marca 2010 r. termin ten biegł od dnia 3 marca 2010 r. i upływał w dniu 8 marca 2010 r., gdyż 7 marca 2010 r. był niedzielą. W związku z powyższym odwołanie zostało złożone w terminie przewidzianym przez obowiązujące w tym czasie przepisy ustawy Prawa zamówień publicznych.

Zdaniem skarżącej przepisy wprowadzone przez nowelizację stoją w sprzeczności z zaleceniami wynikającymi z dyrektywy 2007/66/WE, a co do nich doszło do jej nienależytej implementacji do przepisów prawa wewnętrznego. Zgodnie bowiem z art. 1 pkt 2) str. 38 akapit 4 dyrektywy 2007/66/WE, dodającym do dyrektywy 89/665/EWG artykuł 2c termin na wniesienie odwołania wynosi co najmniej 10 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu, w którym decyzja instytucji zamawiającej została wysłana oferentowi ■W

lub kandydatowi, jeśli korzystano z faksu lub środków elektronicznych, lub - jeśli korzystano z innych środków komunikacji - okres ten wynosi albo co najmniej 15 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu, w którym decyzja instytucji zamawiającej została wysłana oferentowi lub kandydatowi albo co najmniej 10 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu otrzymania decyzji instytucji zamawiającej. A zatem w świetle powyższej dyrektywy termin na wniesienie odwołania upływałby odpowiednio w dniu 12 marca 2010 r. (gdyby zamawiająca poinformowała skarżącą o rozstrzygnięciu faksem) lub też najwcześniej dnia 13 marca 2010 r. w sytuacji kiedy skarżąca o rozstrzygnięciu dowiaduje się w formie listu poleconego, co miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

Nowelizacja prawidłowo implementowała przepisy dyrektywy dotyczące terminu wniesienia odwołania w przypadku informacji pozyskanej w formie listu poleconego. Natomiast nienależycie implementowano termin wniesienia odwołania w przypadku informacji pozyskanej drogą faksową, gdyż winien on być on o 5 dni dłuższy.

Polski ustawodawca dokonał również nienależytej implementacji art. 1 pkt 1) str. 36 akapit 3 dyrektywy 2007/66/WE. Fragment ten bowiem wskazuje, że państwa członkowskie decydują o środkach komunikacji obejmujących faks i środki elektroniczne, z jakich należy skorzystać w celu wniesienia odwołania. Tymczasem nowelizacja art. 180 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych spowodowała, że możliwym jest wniesienie odwołania jedynie

w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Skonfrontowanie tego zapisu ustawy z koncepcją forsowaną przez KIO mówiącą o tym, że liczy się dzień faktycznego doręczenia odwołania do Prezesa KIO, praktycznie uniemożliwia skuteczne złożenie odwołania w przepisany terminie, w sytuacji gdy wiadomość o rozstrzygnięciu doręczona została faksem. Powoduje to bowiem, że skarżąca, nie zaopatrzona w podpis elektroniczny, w przeciągu 5 dni zobowiązana jest napisać i wysłać odwołanie i jednocześnie liczyć na to, że odwołanie w przepisany terminie dojdzie faktycznie do Prezesa KIO. Zdaniem skarżącej tego typu konstrukcja na pewno nie była zamiarem wydania stosownej dyrektywy i nie leżała u podstaw dokonywania stosownych harmonizacji przepisów prawa wewnętrznego. Świadczy już o tym sam fakt wskazania w dyrektywie bardziej korzystniejszych rozwiązań, aniżeli ma to miejsce w obecnie przyjętym brzmieniu ustawy Prawo zamówień publicznych. O ile z pewnością przesłanką wydania dyrektywy 2007/66/WE było przyspieszenie całej procedury odwoławczej, o tyle harmonizacja tej dyrektywy poprzez nowelizację nie może wręcz uniemożliwiać jej wykonania, tworząc (bo o implementacji nie ma tu po części mowy) w ten sposób w prawie wewnętrznym przepisy mniej korzystne dla podmiotów, co było zapewne spowodowane pośpiechem jaki towarzyszył uchwaleniu tej nowelizacji z uwagi na nieubłagalnie zbliżający się termin do implementacji tej dyrektywy.

Sytuacja, w której dyrektywa stoi w sprzeczności z przepisami wewnętrznymi wydanymi teoretycznie w duchu dyrektywy skutkuje tym, że istnieje możliwość bezpośredniego powołania się na dyrektywę.

Przyjmując koncepcję bezpośredniego skutku przepisów dyrektywy 2007/66/WE należy przyjąć, że skutek bezpośredni przepisu prawa wspólnotowego polega na tym, że z przepisu tego, sformułowanego w sposób jasny i bezwarunkowy wynika dające się

materialnie zdefiniować uprawnienie jednostki, która na tej podstawie może się domagać ochrony uprawnienia przed sądem. Wskazana konstrukcja ma jedno główne założenie - zapewnienie realizacji celu dyrektywy, do czego zobowiązane jest każde państwo członkowskie. W sytuacji gdy dyrektywa nie skutkuje bezpośrednio, to jedynym sposobem osiągnięcia zamierzonych celów jest zastosowanie przytoczonej wyżej zasady.

Zdaniem skarżącej K.IO błędnie przyjęła, że termin dla wniesienia odwołania od decyzji zamawiającej rozstrzygającej przetarg wynosił 5 dni. W uzasadnieniu KIO wskazała, że z dokumentacji postępowania wynika, że decyzja zamawiającej (datowana na 1 marca 2010 r.) została przekazana skarżącej faksem w dniu 2 marca 2010 r., o czym świadczyć ma raport potwierdzenia faksu. Skarżąca podniosła, że do momentu otrzymania rozstrzygnięcia w formie listu poleconego, które miało miejsce dnia 3 marca 2010 r. nie otrzymała jakiegokolwiek pisma tak w drodze listu poleconego tak w drodze faksowej o treści dotyczącej rozstrzygnięcia przetargu, toteż liczenie terminu na wniesienie odwołania od dnia 3 marca 2010 r. i dodatkowo liczenie terminu pięciodniowego jest naruszeniem mającym istotny wpływ na rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy.

Zdaniem skarżącej przyjmując niezasadnie pięciodniowy termin na wniesienie odwołania KIO wskazała, że decydującym sposobem wniesienia odwołania jest forma pisemna lub elektroniczna, a przy hipotetycznym dopuszczeniu możliwości faksowego wniesienia odwołania wskazano, że zostało ono wniesione co prawda w dniu 8 marca 2010 r., jednakże z uwagi na fakt, że prezentatę przyłożono dopiero dnia następnego, tj. 9 marca 2010 r. odwołanie należy uznać za złożone po terminie i w związku z tym winno ulec odrzuceniu.

Argumentacja KIO w tym zakresie jest również niezasadna. Skoro sama KIO przyznała, że odwołanie wpłynęło faksem w prawidłowym terminie (tj. 8 marca 2010 r.), to skarżąca nie może ponosić odpowiedzialności za fakt, że w Izbie przybito prezentatę wpływu z datą 9 marca 2010 r. a przez to uznano, że odwołanie jest złożone po terminie. Skarżąca nie może zostać obarczona błędami jakie zostały popełnione przez pracowników KIO.

Ponadto KIO, zdaniem skarżącej, w swoim uzasadnieniu po wielokroć wskazała, że termin na wniesienie odwołania biegł od dnia 2 marca 2010 r. wskazując na to, że rozstrzygnięcie wpłynęło do skarżącej faksem. Art. 27 ustawy w ustępie 1 przewiduje możliwość przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji przez zamawiającą w formie faksu o tyle w ustępie 2 wskazano, że każda ze stron na żądanie

drugiej niezwłocznie potwierdza fakt otrzymania faksu. A zatem aby doręczenie faksem było skuteczne niezbędnym jest by zażądać jednocześnie od strony, która jest adresatem faksu by

potwierdziła fakt otrzymania informacji tą drogą. Jak wskazano już wcześniej informacja odnośnie rozstrzygnięcia w formie faksowej w ogóle nie dotarła, jednakże gdyby tak było, to zamawiająca winna jednocześnie zażądać od potencjalnego Wykonawcy potwierdzenia otrzymania faksu, co pozwoliło by na uznanie, że rozstrzygnięcie zostało skutecznie doręczone, a przez to spowodowałoby rozpoczęcie terminu na wniesienie odwołania od rozstrzygnięcia.

Zdaniem skarżącej w dniu 8 marca 2010 r. przesłała odwołanie zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5. Mianowicie oprócz tego, że oryginał odwołania został wysłany listem poleconym do Prezesa KIO i oprócz wysłania do Prezesa KIO kopii odwołania faksem, wysłano również tożsamo (tzn. w formie listu poleconego i faksu) odpis odwołania do zamawiającej. Jak wynika z materiału zgromadzonego w postępowaniu zamawiająca wskazuje, że otrzymała odwołanie dnia 10 marca 2010 r. w formie pisemnej, nie dostała jednak odpisu odwołania w formie faksowej. Skarżąca uważa, że nielogicznym byłoby wysyłanie przez nią do zamawiającej odwołania w formie pisemnej z jednoczesnym wskazaniem, że odwołanie wysłane zostało w formie faksu, i jednocześnie nie wysyłanie tego w tej formie. Tego typu argumentacja pozbawiona jest jakiegokolwiek sensu logicznego. Gdyby jednak przyjąć tę koncepcję forsowaną przez zamawiającą, to tak czy inaczej doszło do zapoznania się przez zamawiającą z odwołaniem przed upływem terminu na wniesienie odwołania, a zatem Skarżąca wypełniła obowiązek nałożony na nią w ust 5 art. 180 ustawy.

Według skarżącej dyspozycja art. 189 ust. 1 ustawy nakłada na KIO obowiązek rozpoznanie odwołania w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi Izby. Skoro KIO twierdzi, że zasadnym jest tylko faktyczne doręczenie w formie pisemnej, nie zaś faksowej (z czym skarżąca się nie zgadza), to termin na rozpoznanie sprawy mijałby w dniu 27 marca 2010 r. Tymczasem postanowienie w tej sprawie wydane zostało dopiero w dniu 16 kwietnia 2010 r. zaś KIO do tego momentu wydania tego postanowienia nie zasygnalizowała nawet, że może dojść do wydłużenia terminu rozpoznania sprawy. W świetle powyższego doszło zatem do uchybienia procesowego mającego istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy.

Nadto zgodnie z art. 196 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych odpisy orzeczenia wraz z uzasadnieniem sporządzanym z urzędu, wysyła się w terminie trzech dni od dnia ogłoszenia orzeczenia, a jeżeli nie było ogłoszenia w terminie 3 dni od dnia wydania postanowienia. Postanowienie w niniejszej sprawie wydane zostało w dniu 16 kwietnia 2010 r., a zatem winno być wysłane skarżącej najpóźniej w dniu 19 kwietnia 2010 r. Tymczasem dnia 20 kwietnia 2010 r. podczas rozmowy z jedną z pracowników sekretariatu skarżąca ustaliła,

że postanowienie wysłane zostanie dopiero w dniu następnym, tj. 21 kwietnia 2010 r., a zatem po 5 dniach od wydania postanowienia.

Skarżąca zarzuciła też naruszenie § 34 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez brak wskazania osoby protokołanta protokołującego w dniu 16 kwietnia 2010 r. podczas niejawnego posiedzenia KIO.

Zamawiająca w odpowiedzi na skargę wniosła o jej oddalenie i zasądzenie kosztów procesu.

Sąd Okręgowy zważy I, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Przed wszystkim nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty dotyczące naruszenia prawa materialnego w postaci dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. UE. L. 335/331), to jest art. 1 pkt 2 akapit 4 i art. 1 pkt 1 akapit 3 poprzez

ich nieuwzględnienie przy wydawaniu zaskarżonego postanowienia. Zarzuty te skarżący podniósł w związku z przyjętym przez niego stanowiskiem, że proces implementacji tej dyrektywy został dokonany nienależycie, zaś normy wynikające z tej dyrektywy a odnoszące się do terminów wnoszenia odwołań od rozstrzygnięć w zakresie przetargów dotyczących robót budowlanych, handlu i usług są o wiele bardziej korzystniejsze i donioślejsze w skutkach dla podmiotów prawa aniżeli przepisy prawa wewnętrznego Polski oraz zostały wyrażone bezwarunkowo i przejrzysto.

Należy pamiętać, że prawodawstwo unijne nie reguluje wszelkich zamówień publicznych udzielanych w państwach członkowskich, lecz jedynie zamówienia o wartości przewyższającej kwoty progowe określone w dyrektywie Unii Europejskiej (Dyrektywa 2004/18/WE oraz Dyrektywa 2004/17/WE z 31 marca 2004 r.). Rozporządzeniem Komisji (WE) Nr 1177/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE (art. 16). 2004/18/WE (art. 7) i 2009/81/WE (art. 8) Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień najniższy taki próg wynosi 125000 euro. Poniżej wskazanych tam wartości progowych każde państwo członkowskie ma co do zasady swobodę ukształtowania prawa krajowego regulującego

zamówienia publiczne.

Można stwierdzić, że kwota progu unijnego rozdziela od siebie procedury o odmiennym reżimie formalnoprawnym. Zamówienia poniżej progów unijnych są znacznie uproszczone, co znajduje swój wyraz w odmiennych obowiązkach publikacyjnych, szerszym katalogu dostępnych trybów zamówień, a przede wszystkim znaczącym skróceniu terminów składania ofert oraz ograniczeniu środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcom.

Biorąc pod uwagę powyższe nie można zasadnie zarzucić ustawodawcy krajowemu, że proces implementacji powyższej dyrektywy został dokonany nienależycie a w konsekwencji zarzuty dotyczące naruszenia prawa materialnego powyższym zakresie nie mogły zostać uznane za zasadne.

Art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy o prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r., Nr 233, poz. 1655 z późn. zm.) dalej zwaną „ustawą” przewiduje możliwość wniesienia odwołania 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, to jest za pomocą faksu lub drogą elektroniczną. Jak wynika z dokumentów zgromadzonych w sprawie zamawiający zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 4 ustawy powiadomił o dokonaniu wyboru oferty. W stosunku do skarżącego uczynił to drogą faksową. Faks taki został mu przesłany w dniu 2 marca 2010 r. czego dowodem jest potwierdzenie transmisji faksu do skarżącego, gdzie wskazano, że transmisja zakończyła się wynikiem pozytywnym. Z akta sprawy nie można mieć najmniejszej wątpliwości co do okoliczności, że faks faktycznie dotarł do adresata. Nadto w dniu 2 marca 2010 r. zamawiający wysłał do skarżącego list zawierający informację o dokonaniu wyboru oferty. Należy też pamiętać, że termin pięciodniowy do wniesienia odwołania liczony winien być "od dnia przesłania informacji". W tej sytuacji zarzut w tym zakresie nie mógł zostać uwzględniony.

Wbrew twierdzeniom skarżącego brak jest dowodów w sprawie na to, że jego odwołanie dotarło do urzędu w dniu 8 marca 2010 r. Nie przyznaje tego skład sądujący w uzasadnieniu skarżonego postanowienia. Natomiast w aktach sprawy znajduje się odwołanie skarżącego nadane faksem, z którego wynika, że dotarło ono do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 marca 2010 r. Nadto odwołanie zgodnie z art. 180 ust. 4 ustawy winno być wniesione w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowalnym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Jak

widać zatem ustawodawca nie przewidział możliwości wniesienia odwołania za pomocą faksu. Odwołanie w formie pisemnej dotarło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2010 r. Ponieważ to skarżący wywodzi sobie z faktu złożenia odwołania korzystne

dla siebie skutki prawne w związku z tym to jego obciąża dowód w tym zakresie. Z akt wynika, że skarżący w tym zakresie nie sprostął swojemu obowiązкови.

Zgodnie z art. 77 ust. 1 ustawy w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Zamawiający takiego wyboru dokonał w rozdziale 9 SIWZ, gdzie określił, że oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują drogą pisemną bądź faksem. Wbrew twierdzeniom skarżącego wedle art. 27 ust. 2 ustawy żądanie potwierdzenia otrzymania faksu przez drugą stronę nie jest obowiązkiem lecz uprawnieniem. W tej sytuacji termin do wniesienia odwołania winien być liczony od dnia przesłania faksu z informacją o wyborze oferty a nie doręczenia informacji o wyborze oferty (art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy).

Również do obowiązków skarżącego należało wykazanie, że kopię odwołania przesłał zamawiającemu przed upływem terminu do jego wniesienia. Jak wynika z akt odwołanie na piśmie skarżący złożył na pocztę w dniu 8 marca 2010 r., zaś do zamawiającego dotarło ono w dniu 10 marca 2010 r. W aktach sprawy brak dowodu na to, że kopia odwołania w formie faksu dotarła do zamawiającego w dniu 8 marca 2010 r. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na skarżącym i mógł starać się to wykazać za pomocą dowodu transmisji faksu. Dowodu takiego skarżący nie przedstawił, stąd też nie można się doszukać w sprawie naruszenia art. 180 ust. 5 w zw. z art. 27 ust. 2 ustawy.

Słuszny jest zarzut naruszenia art. 189 ust. 1 polegający na tym, że odwołanie nie zostało rozpoznane w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia. Skarżący podaje, że to uchybienie procesowe miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, jednakże nie podaje w jakim zakresie. Termin ten jest terminem instrukcyjnym. Jego naruszenie nie stanowi bezpośrednio uchybienia procesowego, stwarzającego możliwość objęcia go skargą. Stąd też nie miał on wpływu na podjęcie rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.

Nie ma też znaczenia dla sprawy zarzut naruszenia art. 196 ust. 5 ustawy. Podnosząc ten zarzut skarżący nie wskazał nawet jaki wpływ może mieć na rozstrzygnięcie sprawy

14

stwierdzenie naruszenia terminu trzech dni do wysłania odpisu orzeczenia wraz z uzasadnieniem. Również ten termin jest terminem instrukcyjnym i brak jest podstaw do uznania, że jego naruszenie stanowi bezpośrednio uchybienie procesowe, które stwarza możliwość objęcia go skargą.

Faktycznie skarżone postanowienie nie zawiera wskazania protokolanta co powoduje, że w sprawie doszło do naruszenia § 34 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280). To pominięcie nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia skargi.

W związku z powyższym na podstawie art. 198 fust. 2 ustawy skargę oddalono jako bezzasadną.

W związku z tym, że zamawiający złożył odpowiedź na skargę, w której wniósł o zasądzenie kosztów procesu, zaś skarżący przegrał sprawę sąd na podstawie art. 198 ust. 2 ustawy w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 7 i § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. 2002.163.1349 z późn. zm.).

