

Sygn. akt: KIO/2545/10

POSTANOWIENIE
z dnia 30 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Magdalena Grabarczyk

Emil Kawa

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 30 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 24 listopada 2010 r. przez **POLYPHARM S.A., ul. Barska 33, 02-315 Warszawa**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*dostawę szczepionek - sprawa 113/2010*”, od czynności zamawiającego, którym jest **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej, ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów**

przy udziale **Profarm PS sp. z o.o., ul. Słoneczna 96, 05-500 Stara Iwiczna**, zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzucić odwołanie;

2. kosztami postępowania obciążyć **POLYPHARM S.A., ul. Barska 33, 02-315 Warszawa** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **POLYPHARM S.A., ul. Barska 33, 02-315 Warszawa**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do treści art. 198 a i art. 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. Nr 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 **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*dostawę szczepionek - sprawa 113/2010*”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez zamawiającego, treści odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wszczęto po dniu 29 stycznia 2010 r., tym samym, do niniejszego odwołania w oparciu o art. 4 ust. 1 ustawy nowelizującej, stosuje się przepisy ustawy Pzp 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 r.).

W dniu 9 listopada 2010 r. zamawiający zawiadomił faksem POLYPHARM S.A. w Warszawie, zwaną dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej, w zadaniu 1AB, oferty złożonej przez wykonawcę Profarm PS sp. z o.o. w Starej Iwicznej (dowód: załączone do odwołania zawiadomienie zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 listopada 2010 r. wraz z raportem transmisji faksowej do odwołującego z dnia 9 listopada 2010 r., oraz oświadczenie odwołującego zawarte w treści odwołania, iż ww. zawiadomienie otrzymał w dniu 9 listopada 2010r.).

W dniu 24 listopada 2010r. (dowód: data uwidoczniona na prezentacie Krajowej Izby Odwoławczej na odwołaniu), do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej odwołanie odwołującego od czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej, w zadaniu 1AB, oferty złożonej przez wykonawcę Profarm PS sp. z o.o. w Starej Iwicznej. Odwołanie zostało nadane w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 19 listopada 2010 r. (dowód: koperta wraz ze stemplem pocztowej placówki oddawczej z dnia 19 listopada 2010 r.).

W dniu 26 listopada 2010 roku wykonawca Profarm PS sp. z o.o., z siedzibą w Starej Iwicznej doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Kopię przystąpienia zgłaszający przesłał zamawiającemu i odwołującemu w dniu 25 listopada 2010 r.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2, oraz wykazania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, wykonawca Profarm PS sp. z o.o., z siedzibą w Starej Iwicznej skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i stał się uczestnikiem postępowania w rozumieniu art. 185 ust. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła również, iż odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba 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 *in initio* Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającej 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 9 listopada 2010r. (dowód: załączone do odwołania zawiadomienie zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 listopada 2010 r. wraz z raportem transmisji faksowej do Odwołującego z dnia 9 listopada 2010 r.), zaś odwołujący potwierdził w treści odwołania, iż w tej dacie otrzymał ww. pismo. Tym samym, dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania upływał w dacie 19 listopada 2010r. Natomiast odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 24 listopada 2010r.

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.

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 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 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. Pogląd taki znalazł odzwierciedlenie w utrwalonym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (*por. m.in. postanowienie KIO z dnia 1 lipca 2010 r. sygn. akt: KIO 1279/10, postanowienie KIO z dnia 25 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1203/10*), a także w orzecznictwie sądów powszechnych (*por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 16 września 2010 r., sygn. akt XIX Ga 302/10*).

Tak więc za datę wniesienia odwołania w niniejszej sprawie należy uznać dzień 24 listopada 2010r. – tj. datę doręczenia odwołania do Prezesa KIO w formie pisemnej, a nie dzień nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 24 listopada 2010 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 Prawo 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.

Na powyższe ustalenia nie ma wpływu, że kopię odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 19 listopada 2010 roku, a więc w terminie do wniesienia odwołania.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:

.....

Członkowie:

.....

.....