

Sygn. akt: KIO/316/11

POSTANOWIENIE
z dnia 23 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron dnia 23 lutego 2011 r. w Warszawie, odwołania wniesionego dnia 16 lutego 2011 r. przez **Emu Sp. z o.o. Sp. k., ul. Twarda 12, 80-871 Gdańsk**, od czynności Zamawiającego, którym jest **Polska Agencja Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa**

orzeka:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Emu Sp. z o.o. Sp. k., ul. Twarda 12, 80-871 Gdańsk** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **Emu Sp. z o.o. Sp. k., ul. Twarda 12, 80-871 Gdańsk** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

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 Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej: „Pzp” którego przedmiotem jest dostawę akumulatorów dla PAŻP (postępowania nr AJZ-224-111/2010) – wszczętym ogłoszeniem o zamówieniu zostało zamieszczone 14.12.2010 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 408712-2010. Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia zostało zamieszczone 05.01.2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 4701-2011.

Zgodnie z pismem Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa zwanej dalej: „Zamawiającym” z dnia 17.02.2011 r. (odpowiedź na odwołanie) wartość zamówienia oszacowano na kwotę nieprzekraczającą wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Powyższe wynika także z treści odwołania.

Zamawiający w dniu 10.02.2011 r. przekazał faxem: „zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty”, wraz z informacją o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni i o ofertach odrzuconych - informując o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: MAYBATT Sp. z o.o. Sp. k., ul. Chmielna 73B/49, 00-802 Warszawa zwanej dalej: „MAYBATT Sp. z o.o. Sp. k.” oraz o wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu m.in. oferty Emu Sp. z o.o. Sp. k., ul. Twarda 12, 80-871 Gdańsk zwanej dalej: „Emu Sp. z o.o. Sp. k.” albo „Odwołującym”.

Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp: „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy (...) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu (...)”. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego przesłał Informację z Krajowego Rejestru Karnego - osobową - w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 Pzp, wystawioną dla S. F. Alicji Beaty ora: C. G. Roberta Damiana oraz informację z Krajowego Rejestru Karnego - podmiotową w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp wystawioną dla EMU Sp. z o.o., wystawioną z datą 24.01.2011 r., tj. po terminie składania ofert, który upłynął w dniu 11.01.2011 r., tym samym nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Ponadto, w przedmiotowym postępowaniu odrzucono ofertę nr I firmy EMU Sp. z o.o. Sp. k. Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zastała złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert”, w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp – „ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”. W związku z

koniecznością wykluczenia Wykonawcy z niniejszego postępowania o udzielenie umówienia publicznego jego oferta podlega odrzuceniu.

EMU Sp. z o.o. Sp. k. wniosła odwołanie na w/w czynności, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ bezpośredni) zwanego dalej: „Prezes KIO” w dniu 16.02.2011 r. (prezentata na piśmie). Pismo zawierające odwołanie zostało nadane listem poleconym w placówce operatora publicznego w dniu 14.02.2011 r. (stempel na kopercie placówki pocztowej operatora publicznego oraz kopia książki Kancelaryjnej reprezentant Odwołującego przesłana 18.02.2011 r.). Odwołanie podpisał adwokat Arnošt B. umocowany na podstawie pełnomocnictwa z dnia 04.01.2011 r. podpisanego przez Alicje S.-F., ujawnioną w KRS-e i umocowaną do samodzielnej reprezentacji zgodnie z KRS-ami załączonym do odwołania. Wpis uiszczono 14.02.2011 r. (dowód uiszczenia wpisu). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 16.02.2011 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego - zgodnie z informacją na załączonej do odpowiedzi na odwołanie kopii odwołania - prezentata).

Odwołujący na podstawie art. 178 i 180 ust. 2 pkt 3 Pzp, złożył odwołanie w części dotyczącej wykluczenia z udziału w postępowaniu. Przedmiotem odwołania jest naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust.1 pkt 4-8 Pzp. Wnosił o: 1) Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności lub nakazanie unieważnienia czynności – zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, 2) ewentualnie w przypadku zawarcia umowy przez Zamawiającego o unieważnienie umowy.

Wykonawcy zobowiązani zostali między innymi do złożenia aktualnej informacji z KRK w zakresie osób reprezentujących spółkę oraz samej spółki. W dniu 04.01.2011 r. ofertę w imieniu Wykonawcy będącego spółką komandytową złożyła Inga S., będąca uprawniona do samodzielnego reprezentowania spółki. Spółka przedstawiła zaświadczenie z KRK z dnia 04.01.2011 r. o tym, iż Wykonawca nie figuruje w kartotece karnej podmiotów zbiorowych oraz iż osoba podpisująca ofertę, czyli Inga S. nie figuruje w kartotece karnej. W dniu 24.01.2011 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do nadesłania informacji z KRK dotyczącej spółki EMU spółki z o.o. jako komplementariusza oraz wszystkich osób, które uprawnione są do reprezentacji Wykonawcy. Dokumenty te Wykonawca uzupełnił następnego dnia, czyli 25.01.2011 r. Podstawą wykluczenia Wykonawcy przez Zamawiającego z postępowania przetargowego było naruszenia art. 24.ust 2 pkt 4 Pzp. Odwołujący uznał decyzję Zamawiającego jako sprzeczną z prawem. W jego ocenie, zgodnie z wykładnią gramatyczne - logiczną art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp, nie ma podstaw prawnych, aby żądać od Wykonawcy będącego spółką komandytową zaświadczeń z KRK członków zarządu spółki będącej komplementariuszem, poza osobą, która spółkę reprezentuje w postępowaniu przetargowym. Ofertę w postępowaniu przetargowym w imieniu Wykonawcy złożyła Inga S., która zgodnie z umową spółki i wpisem do Krajowego Rejestru Handlowego była uprawniona do jednoosobowej reprezentacji. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 05.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1514/09 – art. 24 ust 1 pkt 7 Pzp powinien być interpretowany

w sposób literalny, a zatem nie istnieje konieczność przedstawiania zaświadczeń komplementariusza i innych osób uprawnionych do reprezentacji Wykonawcy, którzy oferty nie podpisali. Komplementariuszem Wykonawcy jest spółka z o.o., która jako osoba prawna nie może być skazana za przestępstwo karne, a zatem żądanie karty karnej odnośnie tej spółki jest niezasadne. Regulacja art. 24 ust 1 pkt 9 Pzp dotyczy obowiązków Wykonawcy, a nie jego komplementariusza, a zatem również z tego przepisu nie wykona obowiązek przedstawienia zaświadczenia z KRK o niekaralności spółki EMU spółka z o.o.

W dniu 21.02.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO, 18.02.2011 r. faxem, pismo z dnia 17.02.2011 r.) Zamawiający przesłał odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o odrzucenie odwołania przez KIO na mocy art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, z uwagi na fakt, iż odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zamawiający powiadomił w dniu 10.02.2011 r. Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia oraz terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 2 Pzp, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta. Powiadomienie zostało przekazane do Wykonawców faksem. Odwołujący potwierdził w odwołaniu otrzymanie powyższego powiadomienia w dniu 10.02.2011 r. Termin składania środków ochrony prawnej w przedmiotowym postępowaniu, wobec czynności Zamawiającego, o których była mowa powyżej upłynął w dniu 16.02.2011 r. Odwołanie złożone przez Odwołującego zostało złożone do Zamawiającego w dniu 16.02.2011 r. Zamawiający uzyskał informację telefoniczną z KIO o wpływie odwołania do KIO również w dniu 16.02.2011 r. Wartość przedmiotowego zamówienia została ustalona na kwotę 107.395,00 zł, poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Izba ustaliła, że do Prezesa KIO w trzydniowym terminie, tj. do 21.02.2011 r., żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 Pzp). Zgodnie z informacją uzyskaną ze strony internetowej Zamawiającego, zawiadomienie o złożeniu odwołania przesłał uczestnikom postępowania w dniu 17.02.2011 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba z urzędu na posiedzeniu niejawnym dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ponadto, podlega także odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 w zw. z art. 180 ust. 5 Pzp.

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę nieprzekraczającą wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Odnosnie pierwszej podstawy odrzucenia Izba podnosi, że zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 2 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, 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.

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 zależy od wartości zamówienia oraz od sposobu przesłania wykonawcom informacji o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania, i wynosi: (.....)

2) gdy wartość zamówienia jest mniejsza od „progów unijnych”:

a) 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego drogą elektroniczną lub faksem

b) 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego w inny sposób niż mailem lub faksem (...).”

Z treści odwołania oraz pism: Zamawiającego z dnia 17.02.2011 r. (otrzymane 18.02.2011 r. – faxem, a 21.02.2011 r. pocztą), z kolei Odwołującego z dnia 21.02.2011 r. przesłanych wraz z załącznikami wynika, że „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty” zostało skutecznie przesłane drogą faxową Odwołującemu w dniu 10.02.2011 r. Zaś forma faxowa była przewidziana w Rozdz. VIII pkt 6 SIWZ (str. 8) (SIWZ przesłane przez Zamawiającego w dniu 22.02.2011 r.). W konsekwencji odwołanie winno być składane w terminie 5 dni od dnia doręczenia drogą faxową „Zawiadomienia”, co zgodne jest z treścią art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp. Termin, zaś na wniesienie odwołania upłynął dnia 15.02.2011 r.

W rezultacie powyższe odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO - w dniu 16.02.2011 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Izba wskazuje, iż w prawie polskim istnieją wyjątki od zasady doręczenia (art. 61 kc) i zgodnie z regułą *exceptiones non sunt extendendae* nie mogą one podlegać wykładni rozszerzającej. Do regulacji o charakterze szczególnym zaliczyć należy przepis art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp zakreślający na wniesienie odwołania termin 5 dni od dnia przesłania (m.in. za pośrednictwem faksu) informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Przepis wprost zatem stanowi, iż bieg terminu na wniesienie odwołania rozpoczyna się od dnia przesłania informacji o wyniku postępowania, a nie zapoznania się z jej treścią.

Z kolei przepisy Pzp co do terminów na złożenie odwołania (art. 182 ust. 1 Pzp) rozróżniają różne terminy w zależności od tego, czy owa informacja zostanie przesłana wykonawcy w sposób umożliwiający bezpośredni i szybki odbiór tej informacji – faks, mail (szybkie pozyskanie informacji) – przewidując krótsze terminy (10 dni w zamówieniach o wartości równej lub przekraczającej wartości progów UE i 5 dni w zamówieniach o wartości nie przekraczającej tych progów), czy też w sposób, który oddali możliwość pozyskania informacji o czynności Zamawiającego od momentu jej przesłania – poczta, przewidując dłuższe terminy (15 dni w zamówieniach o wartości równej lub przekraczającej wartości progów UE i 10 dni w zamówieniach o wartości nie przekraczającej tych progów).

Jednocześnie, Izba zauważa, że po nowelizacji Pzp dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi KIO w terminie przewidzianym w Pzp. W przepisach Pzp po jej nowelizacji brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa KIO. Przepisy Pzp w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji wyraźnie stanowiły, że: *„złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu”* (art. 184 ust. 2 zd. drugie Pzp). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie *„wniesienia odwołania”* z jego doręczeniem. Z kolei dotrzymanie terminu wniesienia skargi na orzeczenie Izby przez złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego zostało wyraźnie w Pzp przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie Pzp), co prowadzi do wniosku, że ustawodawca zdawał sobie sprawę z konsekwencji takiej regulacji. Gdyby bowiem wolą ustawodawcy było przyjęcie możliwości wniesienia odwołania z zachowaniem terminu z chwilą złożenia go na pocztę, to i w art. 182 Pzp takie rozwiązanie by wprost wprowadził.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 16.02.2011 r., a nie 15.02.2011 r., jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdza, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu.

Odnosnie drugiej podstawy odrzucenia: *„Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp”* (art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp), czyli nie przesłał kopii odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. W przedmiotowym stanie faktycznym kopię odwołania Zamawiający otrzymał 16.02.2011 r., czyli 1 dzień po upływie terminu do wniesienia odwołania. Powyższe, wynika z załącznika do odpowiedzi na odwołanie oraz z informacji

zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego. W rezultacie, niniejsze skutkuje koniecznością odrzucenia przedmiotowego odwołania także zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp.

Wobec powyższego, 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 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. nr 48, poz. 280) - 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:

.....