

**Sygn. akt KIO 666/11**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 7 kwietnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 7 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 marca 2011 r. przez odwołującego „OZ-BUD” Przedsiębiorstwo Budowlano–Usługowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zespół Uzdrawisk Kłodzkich S.A., 57-320 Polanica Zdrój, ul. Zdrojowa 39,

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

**2.** Kosztami postępowania obciąża odwołującego - „OZ-BUD” Przedsiębiorstwo Budowlano–Usługowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20

i nakazuje

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez odwołującego - „OZ-BUD” Przedsiębiorstwo Budowlano–Usługowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20 stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do 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 Świdnicy.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru wykonawcy i odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Modernizację obiektów uzdrowiskowych w ramach zadań w projekcie: Międzynarodowy turystyczny produkt markowy Uzdrowiska Kłodzkie - część 2. Budowa centrum rehabilitacyjnego i SPA przy Szpitalu Uzdrowiskowym Zameczek w Kudowie Zdroju” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego nr sprawy DT/01/2011.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: niezasadne odrzucenie oferty odwołującego i wybranie oferty droższej, co spowodowało naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego zastosowanie niewłaściwe uznając, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) art. 25 ust. 1 i 2 ustawy przez żądanie dokumentów nie wymienionych w przepisach ustawy i nie wynikających z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817),
- 3) rozdziału 9 SIWZ - „Wykaz dokumentów i oświadczeń jakie mają dostarczyć wykonawcy”, przez domaganie się złożenia dokumentów tam nie wymienionych,
- 4) art. 38 ust. 2 ustawy przez dokonanie nieformalnej zmiany treści SIWZ w taki sposób, że spowodowało to zmianę warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
- 2) dokonania ponownego wyboru ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

### **Na podstawie akt sprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła:**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pod nazwą „Modernizacja obiektów uzdrowiskowych w ramach zadań w projekcie: Międzynarodowy turystyczny produkt markowy Uzdrowiska Kłodzkie - część 2. Budowa centrum rehabilitacyjnego i SPA przy Szpitalu Uzdrowiskowym Zameczek w Kudowie Zdroju” prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 lutego 2011 r., poz. 21830.

Zawiadomienie o odrzuceniu oferty zamawiający przesłał odwołującemu w dniu 22 marca 2011 r. faksem (pismo z dnia 21 marca 2011 r.). Odwołanie w formie pisemnej zostało wniesione do Prezesa Izby w dniu 29 marca 2011 r. (nadanie pisma przesyłką poleconą w placówce pocztowej „Wrocław 52” nastąpiło w dniu 25 marca 2011 r. – według załączonej koperty).

Wpis od odwołania został uiszczony w dniu 24 marca 2011 r. w kwocie 10 000 zł.

Kopia odwołania została przesłana zamawiającemu w dniu 24 marca 2011 r.

Zamawiający przesłał kopię odwołania wykonawcy PB Inter-System Sp. z o.o., 50-203 Wrocław, ul. Dmowskiego 17 b w dniu 25 marca 2011 r. Wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, doręczając zgłoszenie przystąpienia Prezesowi Izby w formie pisemnej w dniu 29 marca 2011 r. (faksem w dniu 28 marca 2011 r.).

### **KIO zważyła, co następuje.**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Przepis art. 180 ust. 4 ustawy Pzp w brzmieniu obecnie obowiązującym stanowi, że odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy, 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, tj. faksem lub drogą elektroniczną.

Ustawa Pzp określa termin na wniesienie odwołania, a jednocześnie ustanawia zamknięty katalog form, w jakich odwołanie może zostać wniesione.

Nowelizacja przepisów dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) zniósła dualizm w zakresie zachowania terminu na wniesienie odwołania (przepisy ustawy Pzp w brzmieniu sprzed wskazanej nowelizacji stanowiły, że: „złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu” - art. 184 ust. 2 zd. 2) oraz wskazała nowego adresata odwołania – Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, stanowiąc, że ustawowy termin na wniesienie odwołania zostaje zachowany wyłącznie wtedy, gdy odwołanie w określonym terminie wpłynie do Prezesa Izby, a więc jest faktycznie doręczone Prezesowi. Brak jest domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest

równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Ustawodawca zrezygnował z poprzedniego unormowania, więc jego celem było utożsamienie pojęcia „wniesienie odwołania” z jego doręczeniem.

Odwołujący otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty w dniu 22 marca 2011 r. przesłaną w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, zatem 5 dniowy termin na wniesienie odwołania rozpoczął bieg od dnia 23 marca 2011 r. i upłynął w 28 marca 2011 r. ze względu, że dzień 27 marca 2011 r. był dniem ustawowo wolnym od pracy.

Odwołujący zachowałby termin na wniesienie odwołania w przypadku, gdyby odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby nie później niż dnia 28 marca 2011 r. Tymczasem odwołujący złożył w dniu 25 marca 2011 r. odwołanie w placówce pocztowej operatora publicznego. Odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 29 marca 2011 r. po upływie terminu przewidzianego w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Prezentowany pogląd dotyczący zachowania terminu na wniesienie odwołania kształtuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. postanowienia: z dnia 18 maja 2010 r. sygn. akt KIO 803/10, z dnia 31 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 147/11 oraz Sądów Okręgowych, m.in. w Katowicach wyrok z dnia 16 września 2010 r. sygn. akt XIX Ga 302/10 i w Łodzi wyrok z dnia 26 listopada 2010 r. sygn. akt X Ga 311/10.

Nieskuteczne jest przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy - PB Inter-System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu z uwagi na doręczenie zgłoszenia przystąpienia Prezesowi Izby w formie pisemnej po upływie terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej (...) w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Wykonawca otrzymał kopię odwołania w dniu 25 marca 2011 r., zatem 3 dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął w dniu 28 marca 2011 r. Doręczenie pisma Prezesowi Izby nastąpiło w dniu 29 marca 2011 r. Przesłanie zgłoszenia faksem nie stanowi doręczenia w formie pisemnej, o której stanowi wskazany przepis art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

W przypadku stwierdzenia, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, Izba odrzuca odwołanie wydając postanowienie na posiedzeniu niejawnym na podstawie art.189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp i § 3 pkt 1 lit. a 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:**

.....