

Sygn. akt: KIO/2332/10

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 5 listopada 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Katarzyna Brzeska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 5 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 26 października 2010 r. wniesionego przez **Lecha Marchlewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacyjno-Budowlany „LEMAR” ul. Gawędy 3, 87-100 Toruń**, w postępowaniu prowadzonym przez **Toruńskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., Ul. Czarlińskiego 16, 87-100 Toruń**.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża Lecha Marchlewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacyjno-Budowlany „LEMAR” ul. Gawędy 3, 87-100 Toruń i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez Lecha Marchlewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacyjno-Budowlany „LEMAR” ul. Gawędy 3, 87-100 Toruń stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Toruniu**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Toruńskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę 5 budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z przyłączeniem do sieci miejskich i zagospodarowaniem terenu w Toruniu przy ul. Gerwazego 3-9 oraz ul. Podgórskiej 14 d”. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „ustawa Pzp”).

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 2 września 2010 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod poz. 276258.

Odwołujący – Lech Marchlewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacyjno-Budowlany „LEMAR”, ul. Gawędy 3, 87-100 (dalej: „Odwołujący”), nadał odwołanie listem poleconym w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 20 października 2010 r., które to wpłynęło w dniu 26 października 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (pismo z dnia 20 października 2010 r.).

W odwołaniu Odwołujący kwestionował decyzję Zamawiającego z dnia 15 października 2010 r. dotyczącą odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Z akt postępowania wynika, że zostały złożone oferty przez następujących wykonawców:

1. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Budownictwa „SOLBUD” Sp. z o.o., ul. Włocławska 323B, 87-100 Toruń,
2. MARBUD Grupa Budowlana Sp. z o.o., ul. Chrobrego 95, 87-100 Toruń,
3. Konsorcjum firm: WIKSBUD Sp. z o.o. oraz Firma Budowlana Fijałkowski i Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika ul. Okrzei 7, 87-600 Lipno,
4. B & W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzikowska, ul. Sikorskiego 2C, 83-000 Pruszcz Gdański,

5. Konsorcjum firm: Lech Marchlewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacyjno-Budowlany „LEMAR” oraz EKO-INVEST Maciej Kopczyński, adres dla pełnomocnika ul. Gawędy 3, 87-100 Toruń (oferta odrzucona na podstawie 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp),
6. Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „BUD-TECH” Sp. z o.o., ul. Szosa Chełmińska 98, 87-100 Toruń.

Z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego wynika, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty złożonej Konsorcjum firm: Lech Marchlewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacyjno-Budowlany „LEMAR” oraz EKO-INVEST Maciej Kopczyński, adres dla pełnomocnika ul. Gawędy 3, 87-100 Toruń z dnia 15 października 2010 r. została przekazana faksem w dniu 15 października 2010 r.

Odwołujący do odwołania załączył dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu z dnia 20 października 2010 r. Ponadto Zamawiający odpowiedział na odwołanie. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający pokreślił, iż nie zgadza się z zarzutami Odwołującego w zakresie niezgodnego z przepisami prawa odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

**Biorąc pod uwagę powyższe, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało zamieszczone w dniu 2 września 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 znajdują 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 udziału stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia publicznego są roboty budowlane, których wartość oszacowano na kwotę poniżej progów, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 15 października 2010 r., co potwierdza również dokumentacja przedmiotowego postępowania, iż Odwołujący został powiadomiony o wyniku postępowania drogą faksową w dniu 15 października 2010 r. Zatem ustawowy termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 20 października 2010 r. W konsekwencji powyższego odwołanie, które zostało nadane listem poleconym w dniu 20 października 2010 r. w placówce pocztowej operatora publicznego do Krajowej Izby Odwoławczej i które wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 26 października 2010 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

W konsekwencji powyższe odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej w dniu 26 października 2010 r. 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. 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 ustawy Prawo 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 ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji), co oznacza, że ustawodawca musiał zdawać sobie sprawę z konsekwencji takiej regulacji.

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.

Na powyższe ustalenia nie ma wpływu, że kopię odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 20 października 2010 r., a więc w terminie do wniesienia odwołania.

Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej podzielił w tym zakresie Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 16 września 2010 r., sygn. akt XIX Ga 302/10, który stwierdził: *„iż obecne brzmienie art. 182 Pzp (poprzednio kwestia ta była regulowana w art. 184 Pzp) wskazuje na obowiązek wnoszącego odwołanie do dostarczenia odwołania do Prezesa Izby w terminie ustawowym wyznaczonym do jego wniesienia, a nadanie przesyłki w placówce operatora publicznego nie jest jednoznaczne z jego wniesieniem”*.

Ponadto Izba ustaliła, że ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia złożyło konsorcjum wykonawców w składzie: Lech Marchlewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacyjno-Budowlany „LEMAR” oraz EKO-INVEST Maciej Kopczyński, adres dla pełnomocnika ul. Gawędy 3, 87-100 Toruń, tym samym to konsorcjum (wszyscy wykonawcy występujący wspólnie), a nie poszczególni przedsiębiorcy je stanowiący, nabyli status Wykonawcy w tym postępowaniu. W sprawach związanych z tym postępowaniem to konsorcjum jest decydującym. To konsorcjum, jako całość, przysługuje uprawnienie do dokonywania czynności w postępowaniu i z tym postępowaniem związanych, a mającymi na nie wpływ. Dlatego też to konsorcjum, tj. wszystkim wykonawcom występującym wspólnie, przysługują środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp.

Tymczasem w rozpatrywanej sprawie odwołanie wniósł w swoim imieniu i na swoją rzecz Lech Marchlewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacyjno-Budowlany „LEMAR”. Nie powołał się on w treści odwołania na jakiegokolwiek pełnomocnictwo ze strony pozostałych członków konsorcjum, ani nawet na sam fakt złożenia przez to konsorcjum oferty w kwestionowanym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jako Odwołującego, w sposób jednoznaczny i wykluczający wszelkie wątpliwości, wskazała siebie, tj. Lecha Marchlewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacyjno-Budowlany „LEMAR”.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. po upływie terminu składania ofert, wobec faktu, iż ofertę złożyło konsorcjum: Lech Marchlewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacyjno-Budowlany „LEMAR” oraz EKO-INVEST Maciej Kopczyński, którego to Lech Marchlewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą

Zakład Instalacyjno-Budowlany „LEMAR” był członkiem, nie był podmiotem uprawnionym do samodzielnego skorzystania ze środków ochrony prawnej, a jedynie w imieniu konsorcjum.

Tym samym zdaniem Izby wypełniona została przesłanka odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 26 października 2010 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie oraz wniesionym przez podmiot nieuprawniony, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz ust. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy 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 ustawy Prawo zamówień publicznych, postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym.

.....