

Sygn. akt: KIO/1103/10

POSTANOWIENIE
z dnia 15 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 15 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 czerwca 2010 r. przez **EI-SAN-BUD s.c. A. Jaskuła i Wspólnicy, ul. Fabryczna 27-29, 55-230 Jelcz - Laskowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Lewin Brzeski, Urząd Miejski, Rynek 1, 49-340 Lewin Brzeski**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **EI-SAN-BUD s.c. A. Jaskuła i Wspólnicy, ul. Fabryczna 27-29, 55-230 Jelcz - Laskowice** kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Gminę Lewin Brzeski (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę kanalizacji sanitarnej wsi Kantorowice, Buszyce, Nowa Wieś mała i Leśniczówka wraz z tranzytem ścieków do oczyszczalni ścieków w Lewinie Brzeskim - etap I - Kantorowice pk-3 i pk-4, Nowa Wieś Mała”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 maja 2010 r., pod nr: 123640.

W postępowaniu tym wykonawca EI-SAN-BUD s.c. A. Jaskuła i Wspólnicy z siedzibą w Jelczu - Laskowicach (dalej: „Odwołujący”) w dniu 2 czerwca 2010 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w dniu 1 czerwca 2010 r.

W dniu 2 czerwca 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej drogą faksową wpłynęło pismo Zamawiającego, w którym postanowił on w całości uwzględnić odwołanie wniesione przez Odwołującego w dniu 2 czerwca 2010 r., a zawarte w piśmie z dnia 1 czerwca 2010 r.

W dniu 11 czerwca 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożone przez wykonawcę WODGAZ Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, skierowane na skutek wezwania do wzięcia udziału w tym postępowaniu, skierowanego przez Zamawiającego do tego wykonawcy w dniu – jak wynika z treści zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego - 1 czerwca 2010 r.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Izba uznała, że zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w niniejszej sprawie, tj. WODGAZ Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, nie uzyskał przymiotu formalnoprawnego uczestnika postępowania odwoławczego, w świetle art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Jego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zostało bowiem złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z uchybieniem 3 dniowego terminu, o którym mowa we wskazanym przepisie. Termin ten liczony jest bowiem od dnia doręczenia wykonawcy kopii odwołania, która – jak wynika z treści zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego – została przekazana temu wykonawcy w dniu 1 czerwca 2010 r. Biorąc powyższe pod uwagę powyższe, 3 dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie upływał w dniu 4 czerwca 2010 r., tym samym wpływ zgłoszenia do Prezesa Izby w dniu 11 czerwca 2010 r. – jak wynika z prezentaty na piśmie – nastąpił po upływie ustawowego terminu.

Izba zwraca również uwagę na to, że zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Uwzględniając powyższe zgłoszenie przystąpienia składane w formie określonej wskazanym przepisem ustawy Pzp powinno, w terminie na jego złożenie, o którym mowa w art. 182 ust. 1 ustawy Pzp (3 dni od otrzymania kopii odwołania), fizycznie wpłynąć do właściwego organu, którym jest Prezes Krajowej Izby Odwoławczej. Zwrócić należy uwagę, że podobne rozwiązanie ustawodawca przewidział na podstawie przepisów nowelizacji przepisów ustawy Pzp z dnia 2 grudnia 2009 r. w art. 180 ust. 4 ustawy Pzp, co do złożenia odwołania. W wyniku tej nowelizacji ustawodawca zrezygnował z dotychczasowego rozwiązania pozwalającego na złożenie odwołania, ze skutkiem dochowania ustawowego terminu, w placówce pocztowej operatora publicznego (dotychczasowa - przed wejściem w życie przepisów wskazanej ustawy nowelizacyjnej - regulacja art. 184 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp), co ma również – wobec braku takiej szczególnej regulacji w przepisach ustawy Pzp - analogiczne odniesienie do instytucji zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Te dwie instytucje w postępowaniu odwoławczym - samo wniesienie odwołania jako czynność wszczynająca postępowanie odwoławcze oraz zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jako czynność poszerzająca krąg podmiotów zainteresowanych sporem odwoławczym – jako mające szczególny charakter zostały przez ustawodawcę potraktowane w sposób szczególny, tak co do formy złożenia określonego wystąpienia – odwołania, czy zgłoszenia przystąpienia, a tym samym również co do terminu na ich złożenie.

Biorąc powyższe pod uwagę w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym należało uznać zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez firmę WODGAZ Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu za nieskuteczne.

Uwzględniając zatem okoliczność, iż Zamawiający pismem z dnia 2 czerwca 2010 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w całości, a do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie, Izba działając na podstawie art. 186 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy Pzp postanowiła postępowanie odwoławcze w sprawie umorzyć.

Przy czym Izba uznała również, że złożenie odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego drogą faksową wywołuje określone i przewidziane w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp skutki prawne. Zgodnie z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp odpowiedź na odwołanie wnosi się na piśmie lub ustnie do protokołu. Jednocześnie też w § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2001 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) wskazuje się, że z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwołania kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. Biorąc pod uwagę zasadę racjonalności ustawodawcy wydaje się słuszne przyjęcie, że odpowiedź na odwołanie, która nie stanowi ani odwołania, ani przystąpienia można również złożyć za pośrednictwem korespondencji faksowej. Za powyższym stanowiskiem Izby przemawia również wykładania przepisów ustawy Pzp, gdzie wyłącznie w dwóch przypadkach ustawodawca posługuje się określeniem *stricte* i wyłącznie pisemnej formy składania pism w toku postępowania odwoławczego. Będą to art. 180 ust. 4 ustawy Pzp, stanowiący o złożeniu odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej i art. 185 ust. 2 ustawy Pzp – stanowiący o złożeniu Prezesowi Izby zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, o czym mowa powyżej. W obydwu przypadkach ustawodawca posługuje się określeniem: „*w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu*”. W pozostałych przypadkach, w tym co do złożenia odpowiedzi na odwołanie, ustawodawca posługuje się określeniem: „*wnosi na piśmie*”. Izba stwierdziła, iż w takim przypadku mamy do czynienia z określeniem jedynie sposobu wnoszenia odpowiedzi na odwołanie, a nie jej wymaganą formą, istotną z punktu widzenia skuteczności złożenia oświadczenia woli przez Zamawiającego o określonej treści. Przeciwnie rozumienie przepisu art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, w kontekście posługiwania się przez ustawodawcę odmienną terminologią co do regulacji odnoszących do postępowania odwoławczego, świadczyłoby o złamaniu zasad

logiki przy tworzeniu przepisów prawa. Tym samym więc Izba uznała, że złożenie odpowiedzi na odwołanie wniesionej do Izby drogą faksową jest skuteczne.

Mając powyższe na uwadze, działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp w związku z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 186 ust. 6 pkt 2 oraz § 5 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy bądź posiedzenia z udziałem stron, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....