

Sygn. akt KIO/1884/10

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 7 września 2010r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący : **Agnieszka Trojanowska**

Po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 7 września 2010r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 1 września 2010r. przez **Mariusza Chudzika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wytwórnię Opakowań z Foliai Maszyny Mar-Pack Mariusz Chudzik z siedzibą w Chwaszczynie, ul. Oliwska 116** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Narodowy Bank Polski – Departament Zamówień Publicznych z siedzibą w Warszawie, ul. Świętokrzyska 11/21**

**Postanawia**

- 1. odrzucić odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciążyć Mariusza Chudzika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wytwórnię Opakowań z Foliai Maszyny Mar-Pack Mariusz Chudzik z siedzibą w Chwaszczynie, ul. Oliwska 116 i nakazuje:**

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500zł. 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Mariusza Chudzika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wytwórnię Opakowań z Foliai Maszyny Mar-Pack Mariusz Chudzik z siedzibą w Chwaszczynie, ul. Oliwska 116,**

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

**Przewodniczący składu orzekającego:**

.....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę torebek foliowych do próżniowego pakowania banknotów oraz do termicznego pakowania monet zostało wszczęte przez zamawiającego Narodowy Bank Polski – Departament Zamówień Publicznych z siedzibą w Warszawie, ul. Świętokrzyska 11/21 ogłoszeniem w siedzibie, na stronie internetowej oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 lipca 2010r. (188245-2010).

W dniu 26 sierpnia 2010r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. W I części zamówienia dotyczącej dostawy torebek foliowych do próżniowego pakowania banknotów wybrał ofertę Beta Pack Sp. z o.o., ul. Pałacowa 11, 83-330 Małkowo, a odrzucił m. in. ofertę Mariusza Chudzika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wytwórnię Opakowań z Folii Maszyny Mar-Pack Mariusz Chudzik z siedzibą w Chwaszczynie, ul. Oliwska 116. W uzasadnieniu odrzucenia podał, że treść oferty jest niezgodna z treścią siwz i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 – dalej ustawy) podlegała odrzuceniu. Niezgodność oferty z treścią siwz polegała na zaoferowaniu folii o grubości 90 mikronów podczas gdy zamawiający wymagał grubości 80 mikronów (+- 5 mikronów), oraz niespełniania przez torebki walorów użytkowych tj. prawidłowości spakowania wiązki i jej trwałości po spakowaniu (nietrwałe zgrzanie oraz przy wysokiej temperaturze zgrzewu przypalanie torebki, a nadto po przeprowadzeniu procesu foliowania niestabilność banknotów w paczce. W II części zamówienia dotyczącej dostawy torebek foliowych do termicznego pakowania wybrał ofertę FOLRES Czesław Kaliszta, ul. Hanasiewicza 10, 35-103 Rzeszów, a odrzucił ofertę Mariusza Chudzika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wytwórnię Opakowań z Folii Maszyny Mar-Pack Mariusz Chudzik z siedzibą w Chwaszczynie, ul. Oliwska 116 – zwany dalej odwołującym. Oferta została odrzucona z uwagi na to, że treść oferty jest niezgodna z treścią siwz i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy podlegała odrzuceniu. Niezgodność oferty z treścią siwz polegała na zbyt dużej grubości folii w torebkach o wymiarach 165x270 mm miała wynosić 60 mikronów (+5 mikronów), a wynosi 75 mikronów, a nadto wysokość torebki mierzona po zewnętrznej krawędzi powinna wynosić 150x240 (+- 2mm), a wynosi 235 mm, a wysokość torebki mierzona po zewnętrznej krawędzi powinna wynosić 125x220 (+- 2mm), a wynosi 215 mm. Informacja o wyniku została przekazana odwołującemu faksem w dniu 26 sierpnia 2010r. (okoliczność bezsporna potwierdzona w treści odwołania strona 3 jak i pismem nadanego w dniu 2 września 2010r., a doręczonego do Izby w dniu 3 września 2010r.

oraz przez zamawiającego pismem z dnia 3 września 2010r., które wpłynęło do Izby w tym samym dniu)

Czynność odrzucenia swojej oferty oraz czynność oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej zaskarżył odwołujący składając odwołanie za pośrednictwem operatora pocztowego DPD Polska sp. z o.o. przesyłką kurierską nadaną w dniu 30 sierpnia 2010r. (dowód nadania przesyłki). Odwołanie wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2010r. (prezentata na odwołaniu) Odwołanie zostało podpisane przez właściciela firmy Mariusza Chudzika, zgodnie z uzupełnionym wypisem z ewidencji działalności gospodarczej. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 30 sierpnia 2010r.

W dniu 1 września 2010r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu.

W dniu 1 września 2010r. faksem, a w dniu 6 września 2010r. listem poleconym do postępowania odwoławczego zgłosił swój udział po stronie zamawiającego BETA PACK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Małkowie, ul. Pałacowa 11. Wniósł o rozstrzygnięcie na korzyść zamawiającego, gdyż w tym upatrywał swój interes.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje :**

Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po dniu 29 stycznia 2010 r., to jest po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym. Jednocześnie Izba ustaliła, że na podstawie art. 7 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w zw. z § 7 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238) i § 38 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280), do przedmiotowego odwołania mają zastosowanie przepisy wymienionych powyżej rozporządzeń.

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.

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

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 ustawy w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp.

Informacja o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana odwołującemu faksem w dniu 26 sierpnia 2010r. Termin na wniesienie odwołania upłynął zatem dnia 31 sierpnia 2010 r.

W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 1 września 2010 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Izba wskazuje, 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 Izby w terminie przewidzianym w Pzp. W przepisach Pzp po nowelizacji ustawy brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. 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.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 17 maja 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 Pzp.

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

Izba postanowiła nie dopuścić firmy BETA PACK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Małkowie, ul. Pałacowa 11 do udziału w postępowaniu z uwagi na bezskuteczność przystąpienia. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

W przedmiotowej sprawie BETA PACK sp. z o.o. z możliwości wniesienia przystąpienia w formie elektronicznej nie skorzystało, co jest bezsporne. Bezsporne jest również to, że zamawiający w dniu 1 września 2010r. powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do dokonywania przystąpień. Termin zatem na wniesienie przystąpienia do Prezesa Izby upływał w dniu 4 września 2010r. (w sobotę). W dniu 1 września 2010r. BETA PACK sp. z o.o. przekazał treść przystąpienia do Izby faksem. Jednakże faksowi nie można przypisać atrybutu formy pisemnej. Zgodnie bowiem z art. 73 ust. 1 kc stosowanym odpowiednio na podstawie art. 14 ustawy forma pisemna jest zachowana, w przypadku, gdy pod oświadczeniem woli znajdzie się podpis osoby składającej to oświadczenie. Podpis ten ma być podpisem oryginalnym, a nie odbitym przez urządzenie faksujące. Niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280) stanowiąc, że z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. O ile braki formalne odwołania (w tym nieprawidłowo wniesionego drogą faksową) mogą być naprawione tak w trybie art. 187 ust. 3 – 7 ustawy jak i w trybie odpowiadającym tym przepisom § 9 cytowanego rozporządzenia o tyle ustawodawca nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego możliwości uzupełniania braków zgłoszenia przystąpienia. Stąd też należy wywieść, że przystąpienie nie spełniające wymogów, co do formy wniesienia, terminu, braków formalnych w postaci :

- braku wskazania strony, do której się przystępuje oraz
- interesu w uzyskaniu korzystnego dla strony, do której się przystępuje rozstrzygnięcia, a także
- nie przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu,

nie może być uznane za skuteczne i Izba w takim przypadku zobligowana jest nie dopuścić przystępującego do udziału w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie przystąpienie spełniające wymogi, co do formy, wskazania strony, interesu zostało wniesione do Prezesa Izby w dniu 6 września 2010r., a więc z uchybieniem terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 zd 1 ustawy.

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).

Przewodniczący

.....