

Sygn. akt: KIO/347/11

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 24 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron dnia 24 lutego 2011 r. w Warszawie, odwołania wniesionego dnia 21 lutego 2011 r. przez **Maria Czachura prowadząca działalność gospodarcza pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „MARIA”, os. Hutnicza 4/29, 31-917 Kraków**, od czynności Zamawiającego, którym jest **Gmina Jerzmanowice-Przeginia, ul. Jerzmanowice 372B, 32-048 Jerzmanowice-Przeginia**

**orzeka:**

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Marię Czachure prowadzącą działalność gospodarcza pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „MARIA”, os. Hutnicza 4/29, 31-917 Kraków** 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 **Marię Czachure prowadzącą działalność gospodarcza pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „MARIA”, os. Hutnicza 4/29, 31-917 Kraków** 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 Krakowie**.

**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: *„Utrzymanie czystości - usługi sprzątania wiat przystankowych, placów komunalnych, koszy śmieciowych przydrożnych, w ciągach dróg gminnych, zbierania worków ze śmieciami po zorganizowanych akcjach sprzątania, sprzątania po imprezach zorganizowanych oraz likwidacji dzikich wysypisk na terenie Gminy Jerzmanowice-Przegonia w 2011 roku”* (znak: ZP.271.1.2.2011.AM) – wszczętym ogłoszeniem o zamówieniu zostało zamieszczone 17.01.2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 7120-2011.

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SIWZ” zamieszczoną dla przedmiotowego postępowania na stronie internetowej przez Gminę Jerzmanowice-Przegonia, ul. Jerzmanowice 372B, 32-048 Jerzmanowice-Przegonia zwaną dalej: „Zamawiającym” wartość zamówienia oszacowano na kwotę nieprzekraczającą wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający w dniu 14.02.2011 r. przekazał e-mailem (potwierdził niezwłocznie zgodnie z wymogiem SIWZ - pisemnie w dniu 17.02.2011 r.): *„zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia”*, wraz z informacją o odrzuceniu oferty: Marii Czachura prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „MARIA”, os. Hutnicza 4/29, 31-917 Kraków zwaną dalej: *„Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „MARIA” albo „Odwołującym”*.

Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „MARIA” wniosło odwołanie na podstawie art. 180 Pzp na w/w czynności, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) zwanego dalej: *„Prezes KIO”* w dniu 21.02.2011 r. (prezentata na piśmie). Pismo zawierające odwołanie zostało nadane listem poleconym w placówce operatora publicznego w dniu 18.02.2011 r. (stempel na kopercie placówki pocztowej operatora publicznego). Odwołanie podpisał radca prawny mgr Janusz G. umocowany na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18.02.2011 r. podpisanego przez właściciela panią Marię Czachurę prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „MARIA”. Wpis uiszczono 17.02.2011 r. (dowód uiszczenia wpisu). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 18.02.2011 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego - zgodnie z prezentatą na egzemplarzu odwołanie przesłanym faxem do Prezesa KIO – czyli w formie niezgodnej z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu

odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280). Wnosił o uwzględnienie odwołania i unieważnienie decyzji Zamawiającego oraz nakazanie powtórzenia czynności Zamawiającego związanych z przedmiotowym przetargiem oraz wyborem oferty w zaskarżonym przetargu - z przyczyn podanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania (art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp). Zarzucił naruszenie przepisów Pzp mających istotny wpływ na wynik postępowania przetargowego, a w szczególności:

- art. 7 Pzp przez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania przetargowego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 25 Pzp przez bezzasadne żądanie przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia przedmiotowego przetargu,
- art. 26 ust. 3 Pzp przez bezzasadne wzywanie Wykonawcy do przedstawienia nie niezbędnych dokumentów,
- art. 29 Pzp - przez nie opisanie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń - wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w przedmiotowym przetargu,
- art. 36 pkt 5 i 6 Pzp przez niewłaściwe sporządzenie SIWZ utrudniające udział w przetargu i złożenie w nim dokumentów,
- art. 82 Pzp - przez błędne uznanie, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego.

W jego ocenie, Zamawiający zupełnie bezzasadnie odrzucił najkorzystniejszą i zgodną z prawem oraz SIWZ ofertę Odwołującego. W Rozdz. 10.11 SIWZ jako warunek nr 1 określono, iż: *„o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy którzy posiadają aktualną koncesję (zezwolenie) na zbieranie i transport odpadów komunalnych (art. 28 ustawy z 27.04.2001 r. o odpadach)”*. To wymaganie Odwołujący spełnił całkowicie i bez zastrzeżeń. Zamawiający nie podał w SIWZ miejsca gdzie mogą być składowane odpady tzn. na jakim składowisku odpadów i skąd zbierane. Odwołujący posiada stosowne wymagane ustawą z 27.04.2001 r. o odpadach zezwolenie, działając więc zgodnie z przepisami prawa w tym zakresie. Ma też wymaganą w Rozdz. 11 ust. 3 pkt 1: *„Umowę ze składowiskiem odpadów komunalnych na odbiór odpadów pochodzących ze sprzątnia”*. W tym stanie rzeczy, mając na uwadze przedstawione powyżej zapisy SIWZ (10.11 oraz 11.31) Odwołujący w pełni spełnił zawarte tam wymagania. Tylko ze względów na szczególną rzetelność Odwołujący dodatkowo złożył wniosek o zawarcie umowy z drugim składowiskiem w Bolesławiu, mimo iż jest ona już w tym przetargu całkowicie zbędna (w świetle w/w wymagań SIWZ).

Wniosek ten został przedstawiony Zamawiającemu. Praktyka jest taka, iż po uzyskaniu zamówienia Oferent, który wygrał przetarg podpisuje umowę z najbliższym składowiskiem odpadów i zobowiązuje się do przedstawienia Zamawiającemu dowodów składowania odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (przekazanie faktur, kart

przekazania odpadów itp.). Odwołujący od wielu lat prowadzi przedmiotową działalność (zgodnie z obowiązującym prawem) i zawsze legitymował się przed Zamawiającymi odpowiednimi dokumentami potwierdzającymi prawidłowość wykonanych usług. Ponadto zwrócił uwagę, iż terminy do zawarcia umów ze składowiskami z reguły nie są krótsze niż 30-dni, co uniemożliwia okazania się jeszcze innymi umowami w chwili zakończenia przetargu.

Bezprawne jest więc twierdzenie Zamawiającego, iż taką drugą jeszcze umowę Odwołujący winien był *in concreto* przedstawić w dniu złożenia oferty. Gdyby takie wymagania były od razu zawarte w SIWZ, to tylko wtedy ewentualnie można by było je wymagać w zaskarżonym przetargu. Obowiązkiem Wykonawcy, który wygrałby sporny przetarg byłoby prowadzenie działalności w zakresie wymienionym w SIWZ zgodnie z otrzymanym zezwoleniem, co Odwołujący jednoznacznie gwarantował i nadal gwarantuje. Odwołujący nie może być więc poszkodowany przez niedokładne, mało czytelne, niejednoznaczne przedstawienie wymagań przetargowych (vide: art. 29 Pzp). Zamawiający zresztą zorientował się o brakach swojej poprzedniej SIWZ, gdyż w nowym przetargu w tej samej sprawie poprawił SIWZ i napisał już, iż: *„umowa ze składowiskiem odpadów komunalnych na odbiór odpadów pochodzących z terenu Gminy Jerzmanowice-Przeeginia (obejmująca odpady komunalne zmieszane oraz pochodzące ze sprzętania)“*. Tej treści bowiem SIWZ ukazało się na stronie internetowej Zamawiającego.

Z podanych więc powyżej przyczyn Odwołujący twierdzi, iż w pełni spełnił wymogi przetargu i jego oferta nie powinna być odrzucona i w konsekwencji przetarg nie powinien być unieważniony i wybrana powinna być Jego oferta jako najkorzystniejsza. Także z projektu umowy (integralnej części SIWZ) nie wynikają wymogi, którymi uzasadnia się odrzucenie oferty Odwołującego.

Zamawiający do chwili otwarcia posiedzenia nie udzielił odpowiedzi na odwołanie. Żadne przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego nie miały również miejsca.

#### **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.

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

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 wynika, że „*Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia*” zostało skutecznie przesłane drogą e-mailową Odwołującemu w dniu 14.02.2011 r. Zaś forma e-mailowa była przewidziana w Rozdz. XIV pkt 1-3 SIWZ (str. 9) (SIWZ zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego). W konsekwencji odwołanie winno być składane w terminie 5 dni od dnia doręczenia drogą e-mailową „*Zawiadomienia*”, co zgodne jest z treścią art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp. Termin, zaś na wniesienie odwołania upłynął dnia 19.02.2011 r.

Jednocześnie, Izba wskazuje, że egzemplarz odwołania (zawierający także prezentatę z datą przekazania Zamawiającemu), który wpłynął do KIO w formie faksowej w dniu 18.02.2011 r. został przekazany niezgodnie z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280), stanowiącym, 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.

W rezultacie powyższe odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO - w dniu 21.02.2011 r. w formie pisemnej - należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Izba wskazuje także, 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 e-maila) 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 unieważnieniu postępowania, a nie zapoznania się z jej treścią. Dodatkowo Izba podnosi, że zgodnie z Rozdz. XIV pkt 2 SIWZ: „*Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazane za pomocą telefaksu lub drogą elektroniczną uważa się za złożone w terminie jeżeli jego treść dotarła do adresata przed upływem terminu i została niezwłocznie potwierdzona pisemnie*”. Wynika, z powyższego, że potwierdzenie pisemnie pocztą w dniu 17.02.2011 r. ma charakter wtórny (choć jest konieczne z uwagi na przywołane postanowienia SIWZ), a wiążąca jest data 14.02.2011 r. (także jako konsekwencja niezwłocznego potwierdzenia pisemnie).

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, e-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 wolał ustawodawca 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 pisemnie dnia 21.02.2011 r., a nie 18.02.2011 r., czy też 19.02.2011 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.

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:**

.....