

Sygn. akt: KIO 2511/12

**WYROK**  
**z dnia 22 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2012 r. przez wykonawcę **AGN Polska Sp. z o.o., 04 – 802 Warszawa, ul. Zbojnogórska 36a** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, 00 – 175 Warszawa, Al. Jana Pawła II 70**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę - **AGN Polska Sp. z o.o., 04 – 802 Warszawa, ul. Zbojnogórska 36a** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych ( Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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: .....**

### Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „zakup 2 sztuk macierzy klasy enterprises wraz z 3 letnią usługą serwisową od 1.1.2013 r.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.10.2012 r., pod numerem 2012/S 192-315788.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1. czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu, iż wniosek Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został złożony po terminie,
2. zaniechania czynności dopuszczenia do dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego,

oraz z ostrożności procesowej:

3. od zaniechania czynności Zamawiającego uznania Odwołującego za spełniającego warunki udziału w postępowaniu i podlegającego zaproszeniu do składania ofert, polegającej na zaniechaniu dopuszczenia do dokonania oceny spełniania.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 27 ust. 5 ustawy Pzp przez zaniechanie uznania, iż wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został złożony przez Odwołującego w terminie,
- 2) art. 50 ust. 2 ustawy Pzp przez uznanie, iż wniosek Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został złożony po terminie, a w konsekwencji zostanie zwrócony po upływie terminu do wniesienia odwołania.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uznania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego za złożony w terminie,
- 2) dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, iż pierwotnie wyznaczony termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na dzień 12.10.2012 r. został ostatecznie przesunięty na dzień 05.11.2012 r. W dniu 05.11.2012 r. w godzinach rannych, tj. około godz. 9.00, Odwołujący złożył Zamawiającemu telefoniczny wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wniosek złożył M..... Ż..... w rozmowie telefonicznej z I..... H..... oraz H..... Ż..... Jednocześnie, spełniając

wymagania art. 27 ust. 5 ustawy Pzp, w tym samym dniu, tj. 05.11.2012 r., Odwołujący złożył w siedzibie Zamawiającego pisemny wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W tym samym dniu Zamawiający poinformował Odwołującego, iż jego wniosek został złożony o godzinie 11:05, a zatem 5 minut po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, określonym w ogłoszeniu o zamówieniu na godzinę 11:00. Jednocześnie Zamawiający poinformował, iż wniosek Odwołującego zostanie zwrócony po upływie terminu do wniesienia odwołania.

Zdaniem Odwołującego, powyższa czynność Zamawiającego nie znajduje oparcia w ustawie Pzp i jest bezprawna. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 27 ust. 5 ustawy Pzp, aby skorzystać z dyspozycji ww. przepisu muszą być spełnione trzy przesłanki:

- 1) informacja o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może być przekazana telefonicznie przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- 2) przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wniosek musi zostać wysłany do Zamawiającego w formie pisemnej;
- 3) zamawiający musi otrzymać wniosek nie później niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu składania wniosków.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż spełnił wszystkie ww. wymogi. Tym samym Odwołujący dochował należytej staranności, wymaganej od profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, a zatem wniosek Odwołującego został złożony prawidłowo. Odwołujący wskazuje, iż w niniejszym stanie faktycznym nie została zatem spełniona żadna przesłanka uprawniająca Zamawiającego do uznania wniosku Odwołującego jako złożonego po terminie i podlegającego zwrotowi.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Bezsporne w niniejszym postępowaniu jest, że w dniu 05.11.2012 r. Odwołujący w godzinach porannych kontaktował się z Zamawiającym telefonicznie w celu wyjaśnienia wątpliwości związanych ze złożeniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dotyczących nazwy postępowania. Nie budzi również wątpliwości, iż po dokonaniu ustaleń w tym przedmiocie, Odwołujący sporządził ostateczną wersję rzeczonego wniosku, po czym podjął próbę jego doręczenia, co nastąpiło w tym samym dniu o godz. 11.05. Termin składania wniosków Zamawiający wyznaczył na dzień 05.11.2012 r., godz. 11.00.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca dopuścił trzy formy składania oświadczeń, zawiadomień, informacji i wniosków, są to: forma pisemna,

elektroniczna i faks (art. 27 ust. 1 ustawy Pzp). Przepis art. 27 ust. 5 ustawy Pzp zawiera szczególną regulację dotyczącą wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, składanych w formie pisemnej, czyniąc wyłom w zasadzie, iż przedmiotowe wnioski winny być doręczone zamawiającemu w określonym przez niego terminie. Ustawodawca dopuścił bowiem, aby wniosek dotarł do zamawiającego po terminie składania wniosków, pod warunkiem jednakże, iż wniosek zostanie wysłany przez upływem terminu ich składania, a o powyższej czynności wykonawca poinformuje zamawiającego telefonicznie, przy czym przedmiotowy wniosek zostanie doręczony zamawiającemu w terminie 7 dni od dnia upływu terminu składania wniosków. Jedynie dochowanie powyższych warunków warunkuje uznanie, iż wniosek został wniesiony w terminie.

Oznacza to, że norma prawna wynikająca z powołanego przepisu za równoznaczne z wniesieniem wniosku do zamawiającego nakazuje uważać jego wysłanie przed upływem terminu składania wniosków, pod warunkiem zawiadomienia zamawiającego w tym terminie o fakcie wysłania wniosku, przy jednoczesnym dotrzymaniu terminu na jego doręczenie. Istotne jest, po pierwsze, iż informacja o złożeniu wniosku winna dotyczyć czynności dokonanej, wskazuje na to zarówno treść analizowanego przepisu („informacja o złożeniu wniosku”), jak i przepisu art. 42 ust. 6 lit. b dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi z dnia 31.03.2004 r. (Dz. Urz. UE.L 2004 Nr 134, str. 114). Nadto, użycie terminu „wysłanie” pozwala na przyjęcie, biorąc pod uwagę wykładnię gramatyczną, że chodzi o przekazanie komuś jakiejś wiadomości, zatem informacja winna dotyczyć czynności przesłania, a nie planów w tym zakresie.

Dodatkowo zauważyć należy, że czynność „wysłania” należy łączyć z czynnością wykonaną przez podmiot wykonujący tego rodzaju działalność a nie przez samego wykonawcę. Wskazuje na to zarówno użycie terminu „wysłać”, jak i regulacja przepisu art. 42 ust. 6 lit. b powołanej dyrektywy, która czynność wysłania łączy z potwierdzeniem wysłania. Przyjęcie zaś interpretacji przeciwnej dawałoby wykonawcom możliwość obejścia wskazanego przepisu, bowiem wykonawca informując o zamiarze złożenia wniosku samodzielnie mógłby w istocie podjąć i wykonać czynność doręczenia w terminie 7 dni od dnia upływu składania wniosków. Tym samym, zważywszy na racjonalność ustawodawcy, posłużenie się taką interpretacją należy uznać za niedopuszczalne. Nie ulega bowiem wątpliwości, że intencją ustawodawcy było zapewnienie wykonawcom możliwości składania wniosków w formie pisemnej nie osobiście, ale wykorzystując instytucję „wysłania”, jednakże termin wniesienia wniosku zamawiającemu będzie dotrzymany, jeśli wskazane czynności zostaną dokonane przed upływem terminu składania wniosków. Na marginesie należy jedynie zauważyć, iż pewnej analogii co do samej instytucji „wniesienia pisma” i dochowania terminu jego wniesienia można poszukiwać w k.p.c., w szczególności w przepisach art. 125

§ 1 k.p.c. oraz art. 165 § 2 k.p.c.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż hipotezą normy prawnej, zawartej w przepisie art. 27 ust. 5 ustawy Pzp nie są objęte okoliczności niniejszej sprawy. Ewentualny zamiar złożenia wniosku nie jest wystarczającą podstawą do przekazania informacji o złożeniu wniosku, bowiem co oczywiste, do złożenia wniosku nie doszło. W okolicznościach niniejszej sprawy nie ulega zaś wątpliwości, że Odwołujący nie informował o złożeniu wniosku, skoro kontaktował się z Zamawiającym w celu uzyskania wiadomości niezbędnych do sporządzenia wniosku. Nadto, podjęcie próby samodzielnego doręczenia wniosku nie może być utożsamiane z jego wysłaniem, a tym samym doręczeniem pisma Zamawiającemu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpisy od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

**Przewodniczący:** .....