

Sygn. akt: KIO 1090/12

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 12 czerwca 2012 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Paweł Trojan**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron w dniu 12 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2012 r. przez wykonawcę **GEFOS a. s., ul. Kundratka 17, 180 82 Praha 8, Republika Czeska** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Realizacja kontroli na miejscu metodą FOTO na terenie 16 województw” (znak DZP-2610-67/2011)

**orzeka:**

- 1. Odrzuca odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **GEFOS a. s., ul. Kundratka 17, 180 82 Praha 8, Republika Czeska** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GEFOS a. s., ul. Kundratka 17, 180 82 Praha 8, Republika Czeska** tytułem wpisu od odwołania,

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

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

### do postanowienia z dnia 12 czerwca 2012 r. o sygn. akt KIO 1090/12

Zamawiający - Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Realizacja kontroli na miejscu metodą FOTO na terenie 16 województw” (znak DZP-2610-67/2011).

W ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący - GEFOS a. s., ul. Kundratka 17, 180 82 Praha 8, Republika Czeska, wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w dniu 28.05.2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu przedmiotem zaskarżenia uczynił czynność Zamawiającego obejmującą wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie części XV oraz wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało podpisane przez Elżbietę Orłowską umocowaną na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18.05.2012 r. uprawniającego m.in. do wniesienia odwołania podpisanego przez Jaroslava Kociana – Prezesa Zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji Spółki. Powyższe ustalono w oparciu o dołączony wraz z tłumaczeniem odpis z rejestru handlowego prowadzonego przez Sąd Miejski w Pradze z dnia 03.01.2012 r.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 25.05.2012 r. za pomocą faksu.

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

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy

Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający w dniu 03.02.2012 r. przekazał do publikacji ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 08.02.2012 r. pod pozycją 2012/S 26-042324.

Następnie Izba ustaliła, iż odwołanie dotyczy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia Odwołującego z postępowania w zakresie części XV.

Izba ustaliła ponadto, iż Odwołujący w złożonej ofercie wskazał w pkt 11 formularza ofertowego (str. 4 oferty) następujące dane kontaktowe:

imię i nazwisko Tadeusz Biedroński, nr tel. +48 608 345 383, nr fax. + 48 123892997, adres e-mail: tadeusz.biedronski@ur.krakow.pl

W dalszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale X SIWZ zatytułowanym „Informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów” wskazał w pkt 1, że oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający oraz Wykonawcy przekazują pisemnie. W pkt 4 Rozdziału X SIWZ Zamawiający wskazał, że „Zamawiający dopuszcza wzajemne przekazywanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji za pomocą faksu. Zamawiający wskazuje do tego celu następujący numer faksu 22/ 318 54 11. Uznaje się, że oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazywane za pomocą faksu są złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu ich składania i zostanie niezwłocznie potwierdzona pisemnie”.

W oparciu o dokumentację postępowania nadesłaną przez Zamawiającego oraz korespondencję związaną z postępowaniem odwoławczym Izba ustaliła, iż zachodzą rozbieżności odnoszące się do terminu i sposobu przekazania przez Zamawiającego Odwołującemu informacji stanowiącej podstawę wniesienia odwołania.

Jak wynika z ustaleń poczynionych w ramach posiedzenia z udziałem Stron informację o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania w zakresie części XV Zamawiający przesłał w dniu 11.05.2012 r. za pomocą faksu pismem znak DZP-2610-67/MP/2011. Powyższe pismo zawierało następującą wzmiankę: „Proszę o potwierdzenie otrzymania niniejszego pisma”. Nadanie powyższego pisma zostało potwierdzone przez Zamawiającego w toku posiedzenia z udziałem Stron pozytywnym raportem z transmisji z dnia 11.05.2012 r. z godziny 11.47. Zamawiający nie dołączył do dokumentacji pisemnego potwierdzenia otrzymania tej informacji przez Odwołującego.

Odwołujący w toku posiedzenia z udziałem Stron zaprzeczył okoliczności otrzymania informacji stanowiącej podstawę wniesienia odwołania w dniu 11.05.2012 r. przedkładając na dowód powyższego raport z transmisji faksowego urządzenia odbiorczego o nr 012 3892997 z dnia 15.05.2012 r. z godziny 14.32. Wskazał, iż otrzymał tę informację dopiero w dniu 15.05.2012 r.

W tym zakresie Zamawiający w toku posiedzenia z udziałem Stron wyjaśnił, iż nadał powtórnie informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu Odwołującego z postępowania w zakresie części XV w dniu 15.05.2012 r. na dowód czego przedstawił raport z transmisji faksu na numer 012 3892997 z dnia 15.05.2012 r. z godziny 14.32.

Izba ustaliła, iż Odwołujący w dniu 25.05.2012 r. przesłał faksem oraz przekazał pocztą elektroniczną do Krajowej Izby Odwoławczej korespondencję zawierającą odwołanie.

W dniu 28.05.2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej odwołanie nadane w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 25.05.2012 r.

Izba ustaliła również, w oparciu o dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego oraz jego wyjaśnienia złożone pismem z dnia 05.06.2012 r., iż w zakresie części XV Zamawiający przesłał w dniu 28.05.2012 r. faksem i w dniu 29.05.2012 r. pocztą innym wykonawcom informację o wniesieniu odwołania.

Izba ustala, iż w ustawowym terminie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, dowodów przedłożonych przez Strony w toku posiedzenia z udziałem Stron oraz informacji przekazanych przez Zamawiającego i Odwołującego w toku posiedzenia, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba na wstępie wskazuje, iż mocą art. 189 ust. 2 ustawy Pzp zobligowana jest każdorazowo ustalić, czy zostały spełnione przesłanki skutkujące odrzuceniem odwołania. W przypadku ustalenia, iż została spełniona którakolwiek z przesłanek do odrzucenia odwołania, wskazanych enumeratywnie w art. 189 ust. 2 pkt 1 – 7 ustawy Pzp, Izba jest zobligowana do dokonania takiej czynności.

Na etapie posiedzenia niejawnego z udziałem Stron Izba stwierdziła, iż w ustalonym w przedmiotowej sprawie stanie faktycznym zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ odwołanie zostało wniesione

z uchybieniem terminu określonego w ustawie.

Przedmiotem zamówienia publicznego są usługi, których wartość oszacowano na kwotę powyżej progów, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie w postępowaniu, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji - faksem lub drogą elektroniczną – o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, bądź w terminie 15 dni – jeżeli informacja została przesłana w inny sposób.

Zgodnie z treścią art. 180 ust. 4 ustawy Pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Izba ustaliła, iż pomiędzy Stronami istniał spór, co do faktów, tj. odnośnie terminu przekazania informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 02.10.2002r. III Pzp 17/02 oświadczenie woli wysłane i odebrane za pomocą telefaksu należy uważać za złożone z chwilą, w której adresat mógł zapoznać się z jego treścią – chwilą tą jest chwila odbioru faksu przez aparat adresata. Jednakże w ramach niniejszego postępowania Zamawiający określił szczegółowe zasady związane z wykazaniem doręczenia informacji przekazanej w drodze faksu.

Izba wskazuje, iż biorąc pod uwagę postanowienia Rozdziału X pkt 4 SIWZ Zamawiający w celach dowodowych winien uzyskać pisemne potwierdzenie otrzymania przez Odwołującego informacji przesłanej faksem w dniu 11.05.2012 r. Tym samym Izba uznała, iż potwierdzenie (przyznanie w toku posiedzenia z udziałem Stron) przez Odwołującego otrzymania tej informacji w dniu 15.05.2012 r. powoduje, z uwzględnieniem treści postanowień Rozdziału X pkt 4 SIWZ, iż to tę datę należy uznać jako początek biegu 10-dniowego terminu na wniesienie odwołania.

Wobec faktu, iż ustawa Pzp nie zawiera odmiennych uregulowań dotyczących terminów i sposobu ich liczenia zastosowanie mają wprost przepisy Tytułu V (Terminy) ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, zwanej w dalszej części „ustawa Kodeks cywilny”. Zgodnie z art. 110 powyższej ustawy jeżeli ustawa, orzeczenie sądu lub decyzja innego organu państwowego albo czynność prawna oznacza termin nie określając sposobu

jego obliczania, stosuje się przepisy poniższe. Zgodnie z art. 111 § 1 i 2 ustawy Kodeks cywilny termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia oraz jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu tego terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło.

Biorąc pod uwagę powyższe, w niniejszych okolicznościach faktycznych, ustawowy termin na wniesienie odwołania upłynął dnia 25.05.2012 r. zgodnie z treścią art. 182 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 27 ust. 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie w niniejszym stanie faktycznym za termin wniesienia odwołania przez Odwołującego należy uznać dzień 28.05.2012 r., tj. dzień dostarczenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przesyłki pocztowej zawierającej odwołanie (nadanej w dniu 25.05.2012 r.). Jest to wynikiem wyartykułowanej w art. 180 ust. 4 ustawy Pzp zasady bezpośredniego wnoszenia środków ochrony prawnej. Powyższy warunek formalny, mającej swoje źródło w normie prawnej wyrażonej w art. 180 ust. 4 ustawy Pzp oraz w treści § 7 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), jest m.in. wynikiem tego, iż wniesienie odwołania niesie ze sobą daleko idące skutki, w tym wyartykułowany w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy zatem wskazać, iż celem ustawodawcy odstępującego w wyniku nowelizacji ustawy Pzp od domniemań w tym zakresie, obejmujących uznanie złożenia odwołania w terminie jeżeli zostało nadane w placówce pocztowej operatora publicznego, było zapewnienie pewności co do skutecznego wszczęcia postępowania odwoławczego. Tym samym za skutecznie wniesione odwołanie należy uznać tylko takie, które zostało złożone w wymaganej ustawą Pzp formie, aby uniknąć wątpliwości, czy mamy do czynienia ze skutecznie złożonym oświadczeniem woli wywołującym (dla podmiotu zamawiającego oraz wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego), z mocy samego prawa, doniosłe skutki.

Wobec powyższego za skuteczne nie może zostać uznane dostarczenie przez Odwołującego odwołania faksem, pocztą elektroniczną w dniu 25.05.2012 r., jak również nadanie w urzędzie pocztowym operatora publicznego przesyłki zawierającej odwołanie w dniu 25.05.2012 r. Wynika to z faktu, iż wniesienia odwołania faksem lub listem elektronicznym nie można uznać za wniesienie środka ochrony prawnej w wymaganej formie. Analogicznie nadanie przesyłki zawierającej odwołanie w placówce pocztowej operatora publicznego nie może być utożsamiane z wniesieniem go do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż ustawa w obecnym brzmieniu z faktem nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego nie wiąże żadnych skutków prawnych.

W konsekwencji powyższego dopiero odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2012 roku, należy uznać za wniesione w wymaganej formie. Jednakże powyższa czynność nastąpiła z uchybieniem ustawowego terminu.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Dla zachowania formy pisemnej przepisy prawa (art. 78 § 1 zdanie 1 ustawy Kodeks cywilny) wymagają złożenia własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Zgodnie z art. 180 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 78 § 1 zdanie 1 ustawy Kodeks cywilny odwołanie uznaje się za skutecznie wniesione jeżeli złożone zostało w formie określonej w powyższym przepisie. Zgodnie z art. 78 § 2 ustawy Kodeks cywilny oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Obie wyżej wskazane normy prawne korespondują z treścią art. 180 ust. 4 ustawy Pzp, choć to raczej treść tego ostatniego przepisu należy uznać za konsekwencję uregulowań ustawy Kodeks cywilny.

Tym samym należy wskazać, że po nowelizacji przepisów ustawy Pzp ustawą 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 wymaganej przez art. 180 ust. 4 ustawy Pzp formie. Jedynie wówczas dochodzi do skutecznego złożenia oświadczenia woli powodującego wszczęcie postępowania odwoławczego. W przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych po jej nowelizacji ustawą z dnia 2 grudnia 2009 roku brak jest bowiem ustanowienia domniemania, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy ustawy Pzp w dotychczasowym brzmieniu (sprzed 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 Prawa zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie „wniesienia odwołania” z jego doręczeniem. Analogicznie, za skuteczne wniesienie odwołania, nie może zostać uznane wniesienie go faksem lub zwykłą drogą elektroniczną.

Na marginesie Krajowa Izba Odwoławcza zauważa, że na gruncie przepisów ustawy Pzp po nowelizacji - art. 198b ust. 2 zdanie drugie - tylko dla skargi na orzeczenie Izby i



dotrzymania terminu dla jej wniesienia możliwe jest złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 28 maja 2012 roku jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż wyżej opisany stan faktyczny w pełni odpowiada hipotezie wyrażonej w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, i tym samym obliuguje do zastosowania dyspozycji powyższego przepisu. W świetle przepisów art. 182 ust. 1 pkt 1 oraz 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uznać należy, iż czynności czy zaniechania zamawiającego mogą być kwestionowane jedynie w terminach liczonych od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego. Innymi słowy – wszelkie okoliczności i oparte na nich zarzuty odnośnie wykluczenia, czy też odrzucenia oferty wykonawcy, powinny zostać podniesione i rozstrzygnięte w ramach skoncentrowanych środków ochrony prawnej wnoszonych i rozstrzyganych w terminach opisanych w art. 182 ust. 1 – 4 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....