

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 2 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 2 października 2017 r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2017 r., przez **H. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Rzemieśniczy Zakład Ogólnobudowlany H. S., ul. Słoneczna 3a 72-400 Kamień Pomorski** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Szczecinie, ul. Małopolska 47, 70-515 Szczecin**

**postanawia:**

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **H. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Rzemieśniczy Zakład Ogólnobudowlany H. S., ul. Słoneczna 3a 72-400 Kamień Pomorski** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **H. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Rzemieśniczy Zakład Ogólnobudowlany H. S., ul. Słoneczna 3a 72-400 Kamień Pomorski** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do treści art. 198a i art. 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Zwiększenie efektywności energetycznej budynków Policji na terenie województwa zachodniopomorskiego. Dotyczy części i KP Wolin*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 538893-N-2017 z 26.06.2017 r., przez Komendę Wojewódzką Policji w Szczecinie, ul. Małopolska 47, 70-515 Szczecin zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 21.09.2017 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty konkurenta – Z. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZIBEX Zakład Remontowo - Budowlany Z. Z., Glewice 18C, 72-100 Goleniów zwanego dalej: „*ZIBEX Zakład Remontowo - Budowlany Zaborowski Zbigniew*”. Drugą pozycję w rankingu zajęła oferta H. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Rzemieślniczy Zakład Ogólnobudowlany H. S., ul. Słoneczna 3a 72-400 Kamień Pomorski zwanego dalej: „*Rzemieślniczy Zakład Ogólnobudowlany H. S.*” albo „*Odwołującym*” Identyczna informacja zamieszczona został w tym dniu na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 27.09.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Rzemieślniczy Zakład Ogólnobudowlany H. S. wniósł odwołanie na w/w czynność z 21.09.2017 r., jak stwierdził – od rozstrzygnięcia postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 25.09.2017 r. (e-mailem – zgodnie z załączonym do odwołania potwierdzeniem).

Zamawiający w dniu 26.09.2017 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „*Pzp*”, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. W terminie do 29.09.2017 r. (włącznie) nie miało miejsce zgłoszenia żadnego przystąpienia.

### **Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje:**

W ocenie Izby, odwołanie zostało wniesiono po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp i tym samym, stosownie do dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ustawodawca w przepisie art. 189 ust. 2

pkt 3 Pzp, nakazał odrzucenie odwołania, jeżeli odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z przepisem 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. 180 ust. 5 zdanie drugie 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. Przedmiotowe postępowanie przetargowe ma wartość zamówienia mniejszą niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Potwierdził to Zamawiający w piśmie z 29.09.2017 r. przesłanym do Krajowej Izby Odwoławczej – 29.09.2017 r.

Nadto, zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp - Odwołujący przesyła kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W dniu 21.09.2017 r. Odwołujący otrzymał, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (fax - w aktach sprawy – przesłany przez Zamawiającego wraz z pismem do Krajowej Izby Odwoławczej – dnia 29.09.2017 r., wraz z raportem faxowym potwierdzającym pozytywne przekazanie pisma), od Zamawiającego informację o wyborze oferty najkorzystniejszej konkurenta. Termin 5-dniowy, na wniesienie środka ochrony prawnej – odwołania - liczony od tej daty upływał zatem dnia 26.09.2017 r. Tym samym, odwołanie wniesione w dniu 27.09.2017 r., uchybia terminowi określonemu przepisem art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, co z kolei oznacza, że w myśl przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, odwołanie podlega odrzuceniu, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Kwestia zamieszczenia stosownej informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej konkurenta jest bez znaczenia. Zgodnie z ustawą z dnia 18 lipca 2002 roku o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2013 r. poz. 1422, z 2015 r. poz. 1844 oraz z 2016 r. poz. 147 i 615), środki komunikacji elektronicznej, w ujęciu wspomnianej ustawy (art. 2 pkt 5), to: *„rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną.”*. Jednocześnie zgodnie z definicją środków komunikacji elektronicznej wynikającą z przepisów Pzp, obejmuje ona także - fax (art. 2 pkt 17 Pzp).

Tym samym przyjąć należało, że informacja przesłana przez Zamawiającego faxem (raport faxowy) wypełnia przesłankę do uznania, iż w dniu 21.09.2017 r., Odwołujący prawidłowo otrzymał pismo Zamawiającego, informujące o wyborze oferty najkorzystniejszej konkurenta. Terminy wyznaczone ustawą na wnoszenie środków ochrony prawnej wobec czynności lub zaniechań Zamawiającego mają charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku. Upływ terminu skutkuje utratą prawa do podnoszenia zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 w zw. z ust. 3 i 4 Pzp, zobowiązana jest z urzędu do zbadania w pierwszej kolejności, czy nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, których zamknięty katalog określony został w przepisie art. 189 ust. 2 Pzp. W celu stwierdzenia braku wystąpienia przesłanki do odrzucenia odwołania, określonej w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza w pierwszej kolejności zobowiązana jest ustalić, jaka jest wartość szacunkowa zamówienia oraz czy terminy na wniesienie odwołania zostały zachowane.

Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejszą niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że po wejściu w życie nowelizacji ustawy z 02.12.2009 r. dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. Nowelizacja z 22.06.2016 r. nie zmieniła powyższego. W przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych, po jej nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r., brak jest ustanowienia domniemania, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy ustawy 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 zatem 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 ustawie przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie Pzp), co prowadzi do wniosku, że ustawodawca musiał zdawać sobie sprawę z konsekwencji takiej regulacji.

Reasumując należało uznać, że odwołanie, które wpłynęło w dniu 27.09.2017 r., jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z przepisem art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

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 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie, tak Izby, jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt: XII Ga 517/11).

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 (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz.14) - 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:**

.....