

WYROK/POSTANOWIENIE*
z dnia 31 lipca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Renata Tubisz
Klaudia Szczytowska - Maziarz
Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu / ~~rozprawie~~* w dniu / ~~w dniach~~ 31 lipca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ADAC-LEWAR s.c. – Tomasz Księżarek i Dariusz Żołnierczyk z siedzibą w Przystajni, ul. Słoneczna 11** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Opole reprezentowaną przez Prezydenta Miasta Opole, Ratusz, Rynek w Opolu** protestu / ~~protestów~~* z dnia 7 lipca 2008r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 .odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **ADAC-LEWAR s.c. – Tomasz Księżarek i Dariusz Żołnierczyk z siedzibą w Przystajni, ul. Słoneczna 11**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ADAC-LEWAR s.c. – Tomasz Księżarek i Dariusz Żołnierczyk z siedzibą w Przystajni, ul. Słoneczna 11**
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00. gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ADAC-LEWAR s.c. – Tomasz Księżarek i Dariusz Żołnierczyk z siedzibą w Przystajni, ul. Słoneczna 11**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na budowę dróg, oświetlenia ulicznego, sieci wodociągowej, kanalizacji sanitarnej i deszczowej w rejonie obwodnicy Północnej – ul. Północnej w Opolu zostało wszczęte przez Gminę Opole, reprezentowaną przez Prezydenta Miasta Opole, Ratusz, Rynek w Opolu – zwanego dalej Zamawiającym ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 87881 w dniu 28 kwietnia 2008r.

W dniu 26 czerwca 2008r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty Opolskiego Przedsiębiorstwa Usług Drogowych sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, Al. Przyjaźni 9 (Wykonawca wybrany). Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta firmy ADAC-LEWAR s.c. – Tomasz Księżarek i Dariusz Żołnierczyk z siedzibą w Przystajni, ul. Słoneczna 11.

Zamawiający w dniu 27 czerwca 2008r. nadał do Firmy ADAC-LEWAR s.c. – Tomasz Księżarek i Dariusz Żołnierczyk z siedzibą w Przystajni, ul. Słoneczna 11 – zwanej dalej Odwołującym, faks z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej o godz. 15:07, rezultat

nadania „ok”. Jednocześnie Zamawiający nadał informację o wyborze listem poleconym ze zwrotnym poświadczeniem odbioru. Odwołujący zaprzecza otrzymaniu faksu, zaś list polecony otrzymał w dniu 2 lipca 2008r.

Przed otrzymaniem pisemnej informacji w dniu 1 lipca 2008r. pracownik Odwołującego zapoznał się z ofertą konkurencyjną w siedzibie Zamawiającego. W tym czasie Odwołujący nie informował Zamawiającego o problemach z faksem, ani nie zapoznawał się z informacjami zamieszczonymi w siedzibie Zamawiającego i na jego stronie internetowej.

Odwołujący wniósł protest na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 7 lipca 2008 r. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 – w skrócie ustawa) poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) i zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego.

W dniu 7 lipca 2008r. Zamawiający poinformował wykonawców o wpłynięciu protestu i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym. W dniu 9 lipca 2008r. do postępowania protestacyjnego przystąpił Wykonawca wybrany i wniósł o oddalenie protestu. Zamawiający w dniu 11 lipca 2008r. rozstrzygnął protest. W tym samym dniu przesłał informację o rozstrzygnięciu protestu faksem, na co przedstawił potwierdzenie pozytywnego rezultatu transmisji – raport z faksu. Odwołujący na posiedzeniu nie potwierdził otrzymania faksu. Zamawiający pisemnie doręczył rozstrzygnięcie w dniu 14 lipca 2008r. Protest odrzucił jako wniesiony z uchybieniem terminu określonego w art. 180 ust. 2 ustawy. W uzasadnieniu wskazał, że w dniu 27 czerwca 2008r. w sposób zgodny ze sposobem porozumiewania się z wykonawcami podanym w siwz, zawiadomił Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty i w tym także dniu zamieścił informację o wyborze najkorzystniejszej oferty na stronie internetowej www.bip.um.opole.pl. Z tego wynika, że Odwołujący powziął lub mógł powziąć wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 27 czerwca 2008r., tym samym ostatnim dniem terminu dla wniesienia protestu był dzień 4 lipca 2008r. do godz. 24:00. Wniesienie zatem protestu w dniu 7 lipca 2008r. narusza termin określony w art. 182 i obliguje Zamawiającego do odrzucenia protestu na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 17 lipca 2008r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty podniesione w proteście i wnosząc o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert w celu odrzucenia oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 4 ustawy.

Podniósł, że Zamawiający w siwz przewidział porozumiewanie się pomiędzy stronami za pomocą faksu i pisemnie w sposób opisany w art. 27 ust. 1 ustawy. Przekazanie pisma za pomocą faksu dla swojej skuteczności wymagało niezwłocznego potwierdzenia pisemnego przez stronę odbierającą faks. W siwz nadto Zamawiający podał, że informację o wyborze oferty prześle wykonawcom w formie pisemnej oraz zamieści informację na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej. W przypadku transmisji faksowej potwierdzenie dokonywane jest na żądanie strony wysyłającej. Wybrany sposób komunikacji nie może ograniczać konkurencji. Odwołujący ma faks, ale ma kłopoty z jego sprawnością w związku z warunkami atmosferycznymi i technicznymi. Zamawiający dysponuje tylko dowodem doręczenia Odwołującemu informacji o wyborze oferty za pośrednictwem poczty. Dlatego termin na wniesienie protestu powinien być liczony od 2 lipca 2008r. i upłynął w dniu 9 lipca 2008r. Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię odwołania za pośrednictwem poczty przesyłką priorytetową w dniu 17 lipca 2008r., która dotarła do Zamawiającego w dniu 18 lipca 2008r.

Izba dopuściła jako dowód informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z raportem z faksu, rejestracją zmian na stronie internetowej, dowód nadania listu poleconego i zwrotne poświadczenie odbioru, rozstrzygnięcie wraz z dowodem nadania faksem i listem poleconym, odwołania wraz z dowodem nadania listu poleconego oraz kopertą ze stemplem nadawczym, kserokopii odwołania w aktach sprawy otrzymanej przez Zamawiającego listem poleconym.

Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje :

Odwołanie nie może być przedmiotem rozpoznania merytorycznego z uwagi na uchybienie terminowi na wniesienie środków ochrony prawnej.

Odwołujący nie udowodnił twierdzenia, że w okresie od 27 czerwca 2008r. do 11 lipca 2008r. miał niesprawny faks, ani że nie miał możliwości powzięcia wiadomości o wyborze oferty najkorzystniejszej i rozstrzygnięciu protestu w inny sposób. Podany przez Odwołującego fakt uszkodzenia linii energetycznej w miejscowości Przystajń na skutek burzy nie został wykazany. Jednocześnie Izba zauważa, że Odwołujący nie podjął jakichkolwiek czynności zabezpieczających jego interesy i umożliwiających mu zapobieżenie sytuacji spóźnionego wnoszenia środków ochrony prawnej. W ofercie Odwołujący wskazał, że posiada numer faksu do korespondencji z Zamawiającym. Odwołujący mimo, że znana była mu treść pkt 1 rozdziału 1 instrukcji dla wykonawców, nie powiadomił Zamawiającego o uszkodzeniu linii energetycznej. Pracownik Odwołującego, mimo zapoznania się w dniu 1 lipca 2008r. z treścią kosztorysu oferty konkurencyjnej, nie podjął próby pozyskania informacji o stanie postępowania, choćby poprzez zapoznanie się z tablicą ogłoszeń Zamawiającego.

Odwołujący nie śledził również informacji na stronie internetowej Zamawiającego. Gdyby dać wiarę twierdzeniom Odwołującego, że ani w dniu 27 czerwca 2008r., ani w dniu 11 lipca 2008r. nie otrzymał faksów, to należałoby przyjąć, że awaria była usuwana, aż przez 14 dni, z drugiej jednak strony Odwołujący wskazał, że prądu nie było około 2 dni, a problemy z dostępem do usług telekomunikacyjnych występowały przez kilka, a nie kilkanaście dni. W świetle tych sprzeczności wyjaśnieniom Odwołującego nie można dać wiary. Izba stwierdza, że wobec wykazania przez Zamawiającego za pomocą raportu z faksu potwierdzającego prawidłowość operacji faksowej i numer faksu podany przez Odwołującego w formularzu ofertowym, że Odwołujący otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 27 czerwca 2008r. za pośrednictwem faksu i nie przeprowadzenia dowodu przeciwnego (np. nieudanej transmisji faksowej, nieczytelnego przekazu, dowodu przerwy w nadawaniu impulsu telefonicznego, dowodu awarii urządzenia) przez Odwołującego, terminem powiadomienia Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej jest data faksu, to jest dzień 27 czerwca 2008r. Tym samym twierdzenie Odwołującego, że termin na wniesienie protestu należy liczyć od dnia 2 lipca 2008r. to jest od doręczenia listu poleconego, jest nietrafne. Natomiast należy podzielić argumentację Odwołującego, że fakt zamieszczenia na stronie internetowej informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 27 czerwca 2008r. nie stanowi podstawy do przyjęcia, że Odwołujący w tym dniu mógł powziąć wiadomość o wyborze oferty najkorzystniejszej. Art. 27 ust. 1 ustawy nie dopuszcza jako drogi przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji za pośrednictwem drogi internetowej to jest przez zamieszczenie informacji na stronie internetowej. Tym samym termin dla wniesienia środka ochrony prawnej należy liczyć od momentu przekazania skutecznego informacji, zgodnie z wybraną przez Zamawiającego formą komunikacji wskazaną w art. 27 ust. 1 ustawy. Okoliczność ta jest nie weryfikowalna, bo nie sposób wykazać bez rejestracji odwiedzin na stronie internetowej z podaniem danych identyfikujących lub bez ustalenia adresów IP osób łączących się ze stroną, czy ktoś mógł, czy nie mógł się z danym pismem zapoznać. Fakt zamieszczenia informacji na stronie internetowej nie może stanowić dowodu bezpośredniego, a jedynie dowód wskazujący, że przy należytej staranności można było powziąć taką wiadomość. Termin na wniesienie protestu upłynął w dniu 4 lipca 2008r., a Odwołujący wniósł protest w dniu 7 lipca 2008r. Wobec powyższego Izba stwierdza, że rozstrzygnięcie protestu przez Zamawiającego poprzez odrzucenie protestu na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy było prawidłowe.

Powyższe wywody odnoszą się także do terminu doręczenia Zamawiającemu kopii odwołania. Bezsporne jest między stronami to, że Zamawiający kopię odwołania otrzymał w formie listu poleconego w dniu 18 lipca 2008r. Jednakże ponownie informacja o rozstrzygnięciu protestu została do Odwołującego nadana w dniu 11 lipca 2008r. na co Zamawiający przedstawił dowód w postaci raportu z faksu, potwierdzający skuteczność

transmisji. Odwołujący ponownie nie przedstawił dowodu przeciwnego. Tym samym zarówno odwołanie nadane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 17 lipca 2008 r., jak i kopia odwołania przekazana Zamawiającemu zostały wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 184 ust. 2 ustawy. Kopia odwołania powinna dotrzeć do Zamawiającego w terminie na wniesienie odwołania, liczy się termin doręczenie Zamawiającemu, dlatego nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego, że kopie wystarczy przekazać za pośrednictwem Poczty Polskiej. Przekazania za pośrednictwem poczty, zgodnie z art. 184 ust. 2 zd. 1 odnosi się tylko i wyłącznie do wnoszenia odwołań do Prezesa UZP, a nie ma zastosowania do przekazania kopii.

Izba stwierdza, że zaistniały przesłanki skutkujące odrzuceniem odwołania na posiedzeniu na mocy art. 187 ust. 4 pkt. 4 i 7 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....