

Sygn. akt: KIO/UZP 981/09

POSTANOWIENIE
z dnia 10 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Emil Kuriata

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Łukasz Sierakowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 10 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Maurycego Wołka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U MORIS Maurycy Mołek, ul. Fabryczna 7, 43-100 Tychy** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój**, protestu z dnia 25 czerwca 2009 r.

orzeka:

1. odrzuca odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Maurycego Wołka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U MORIS Maurycy Mołek, ul. Fabryczna 7, 43-100 Tychy** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Maurycego Wołka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U MORIS Maurycy Mołek, ul. Fabryczna 7, 43-100 Tychy**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 807 zł 72 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset siedem złotych siedemdziesiąt dwa grosze) przez **Maurycego Wołka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U MORIS Maurycy Mołek, ul.**

- Fabryczna 7, 43-100 Tychy** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Maurycego Wołka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U MORIS Maurycy Mołek, ul. Fabryczna 7, 43-100 Tychy.**

U z a s a d n i e n i e

Odwołanie, złożone przez Maurycego Wołka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U MORIS Maurycy Mołek z siedzibą w Tychach, zwanego dalej „*Odwołującym*”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawy dla kopalń JSW S.A. rozjazdów torowych, zwrotników, szyn, łubków i podkładek w łącznej ilości 11 kpl, 5 386 szt. i 324 ton z terminem realizacji 6 miesięcy od daty zawarcia umowy w trybie przetargu nieograniczonego”, prowadzonego przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., zwaną dalej: „*Zamawiającym*”, podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „*ustawa Pzp*”) w związku z art. 180 ust. 2 tej ustawy. Stosownie do przywołanego art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, odwołanie podlega odrzuceniu na posiedzeniu niejawnym, bez merytorycznego rozpoznania podniesionych w nim zarzutów, jeżeli protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie Pzp.

W niniejszej sprawie skład orzekający Izby ustalił, że protest poprzedzający rozpoznawane przez Izbę odwołanie, datowany na dzień 25 czerwca 2009 r., a doręczony Zamawiającemu w dniu 26 czerwca 2009 r., został złożony z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Przywołany przepis wskazuje na prawo wykonawcy do zaskarżenia określonych czynności, bądź zaniechań zamawiającego w określonym, nieprzekraczalnym terminie. W tym przypadku, z uwagi na wartość szacunkową przedmiotu zamówienia (powyżej wartości progów UE), jest to 10 dni od momentu, w którym powzięto lub można było przy zachowaniu należytej staranności powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Podstawą złożonego protestu, a następnie w jego wyniku odwołania, był faktycznie sposób przeprowadzenia przez Zamawiającego aukcji elektronicznej w dniu 4 czerwca 2009

r. Odwołujący wskazuje bowiem, że w ostatniej fazie aukcji elektronicznej system platformy aukcyjnej nie przyjął podpisu elektronicznego Odwołującego i w efekcie nie autoryzował ostatniego z dokonanych przez tego wykonawcę postępień. O powyższych okolicznościach Odwołujący powziął informację - co jest bezsporne pomiędzy stronami postępowania - w dniu 4 czerwca 2009 r., kierując w tym zakresie w dniu 5 czerwca 2009 r. pismo do Zamawiającego zatytułowane „*Reklamacja Wykonawcy*”, które *de facto* zawierało zarzuty odnoszące się do czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej przez Zamawiającego, jak również żądania Odwołującego (tj. m.in.: unieważnienie wyników aukcji). Z powyższego w sposób oczywisty wynika, że Odwołujący we wskazanej dacie nie tylko mógł powziąć informację o określonej czynności Zamawiającego, która - w jego ocenie - narusza jego interes prawny, a wręcz faktycznie powziął tę informację.

Przyjęcie argumentacji Odwołującego, że podstawą złożonego w dniu 26 czerwca 2009 r. protestu była czynność Zamawiającego, polegająca na uznaniu prawidłowości przeprowadzenia aukcji elektronicznej, nie byłoby słuszne i *de facto* prowadziłoby do przywrócenia terminu dla wykonawcy do złożenia protestu, co - w świetle przepisów ustawy Pzp - jest niedopuszczalne.

Informacja przekazana Odwołującemu w piśmie Zamawiającego z dnia 22 czerwca 2009 r. jest bowiem wyłącznie odpowiedzią Zamawiającego na zgłoszoną reklamację, nie stanowi o dokonaniu przez Zamawiającego jakiegось odrębnej czynności w postępowaniu, czy też popełnieniu przez niego jakiegось zaniechania. Złożony przez Odwołującego w dniu 26 czerwca 2009 r. protest nie wnosi żadnych nowych okoliczności w sprawie aniżeli te podniesione w piśmie - „*Reklamacja Wykonawcy*” z dnia 4 czerwca 2009 r., ponieważ nowych okoliczności w tej sprawie - czynności, czy zaniechań Zamawiającego - nie było.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący w terminie ustawowym liczonym od dnia, w którym powziął on informację o - jego zdaniem - wadliwym działaniu platformy elektronicznej Zamawiającego, co skutkowało nieudanyim złożeniem oferty (kolejnego postąpienia) przez Odwołującego, wykonawca ten powinien był złożyć formalny protest do Zamawiającego. Przeprowadzenie aukcji elektronicznej jest czynnością dokonywaną automatycznie przez system komputerowy, stąd też w tym zakresie nie jest konieczne ze strony Zamawiającego podejmowanie jakichkolwiek czynności związanych z odrębnym zatwierdzeniem, bądź nie wyników aukcji. Z tych też względów Odwołujący nie musiał oczekiwać na odrębne powiadomienie ze strony Zamawiającego o uznaniu przez niego wyników kolejnych postępień wykonawców, bądź ich braku, tylko powinien był złożyć w tym zakresie formalny protest.

Przyjmując nawet, iż Odwołujący taki protest złożył, tzn. jeżeli wskazane „*Reklamacje Wykonawcy*” zostałyby uznane za protest w rozumieniu art. 180 ust. 1 i 8 ustawy Pzp, to wskazać należy, że w takim przypadku odwołanie zostało wniesione z uchybieniem

ustawowego terminu. Brak rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu w terminie 10 dni, w tym przypadku od jego złożenia – stosownie do treści art. 183 ust. 3 ustawy Pzp - uznaje się za jego oddalenie, od czego przysługuje również prawo do złożenia odwołania. W takim przypadku termin na rozstrzygnięcie protestu upływałby z dniem 15 czerwca 2009 r. zatem termin na złożenie odwołania upłynąłby z dniem 25 czerwca 2009 r., tymczasem odwołanie zostało złożone w dniu 10 lipca 2009 r.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznał za uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie przedstawionej faktury VAT), kosztów dojazdu oraz opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa. Orzekając o kosztach dojazdu skład orzekający Izby uwzględnił koszty w wysokości 190,72 zł, przyjmując na podstawie przedłożonych do akt sprawy kopii biletów według wyliczenia za dwa przejazdy na trasie Kraków Główny – Warszawa Centralna i z powrotem (82,86 zł x 2) oraz koszty jednej miejscówki (25 zł).

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego
w Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....