

Sygn. akt: KIO/UZP 519/09

POSTANOWIENIE
z dnia 5 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Anna Majstrowicz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 5 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ETIS sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach, ul. Warszawska 66** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej we Wrocławiu, ul. Strzegomska 6** protestu ~~protestów~~* z dnia **8 kwietnia 2009 r.**

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego, **xxx** – po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 .odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **ETIS sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach, ul. Warszawska 66**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574.00zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczonego przez **ETIS sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach, ul. Warszawska 66**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **1 700zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc siedemset złotych zero groszy) przez **ETIS sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach, ul. Warszawska 66** na rzecz **Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej we Wrocławiu, ul. Strzegomska 6**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ETIS sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach, ul. Warszawska 66**

U z a s a d n i e

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na budowę instalacji klimatyzacji dla istniejącego budynku biurowego zlokalizowanego we Wrocławiu przy ul. Strzegomskiej 6 – Etap I zostało wszczęte przez zamawiającego – Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej we Wrocławiu, ul. Strzegomska 6 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 lutego 2009r. za numerem 42708-2009.

W dniu 3 kwietnia 2009r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty Techniki Klimatyzacyjnej i Grzewczej sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Rakowiecka 21 oraz poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego – ETIS sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach, ul. Warszawska 66 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058; nr 220 poz. 1420, dalej zwanej ustawą) wskazując, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści siwz, gdyż urządzenia zaoferowane przez odwołującego w kosztorysie ofertowym Instalacja klimatyzacji – piętro III i IV nie odpowiadały wymaganiom zawartym w siwz w załączniku nr 7 z uwagi na to, że zaproponowane urządzenia firmy LG typu ARUN120LT2 przekraczają masę jednostek zewnętrznych, a ponadto zamiast systemu dwusprężarkowego odwołujący zaoferował system z jedną sprężarką inwerterową, a drugą typu włącz/wyłącz.

Z czynnością odrzucenia oferty nie zgodził się odwołujący i w dniu 8 kwietnia 2009r. faksem wniósł protest wnosząc o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Protest został podpisany przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z załączonym odpisem z KRS. W

dniu 9 kwietnia 2009r. na wezwanie zamawiającego z dnia 8 kwietnia 2009r. do postępowania protestacyjnego przystąpiło przedsiębiorstwo „Polmar” prowadzone przez Mariana Sienkiewicza z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Okulickiego 25 nie wskazując wniosku co do rozstrzygnięcia protestu oraz interesu prawnego w przystąpieniu. Przystąpienie zostało podpisane przez Mariana Sienkiewicza właściciela firmy „Polmar” zgodnie z wypisem z ewidencji działalności gospodarczej załączonym na str. 3 oferty „Polmar”. W dniu 15 kwietnia 2009r. zamawiający rozstrzygnął protest i oddalił go w całości.

Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w dniu 20 kwietnia 2009r. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. ustawy poprzez preferowanie urzędzeń jednego producenta oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie czynności oceny oferty odwołującego i wyboru jej jako najkorzystniejszej. Odwołanie zostało podpisane tak jak protest. Kopia odwołania została nadana do zamawiającego w dniu 20 kwietnia 2009r. Pocztexem. Kopia treści odwołania dotarła do zamawiającego w dniu 21 kwietnia 2009r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Postępowanie prowadzone jest poniżej progów unijnych tj. jego wartość szacunkowa przy zamówieniu na roboty budowlane wynosi 398 343,37zł., co stanowi równowartość 102 742,61 euro.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu publicznym, protokołu postępowania, faksu odwołującego obejmującego treść protestu, kopii treści odwołania przekazanej zamawiającemu wraz z dowodem wpływu do zamawiającego kopii treści odwołania w dniu 21 kwietnia 2009r.

Izba zważyła, co następuje :

Izba stwierdziła zaistnienie przesłanki z art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058; nr 220 poz. 1420, dalej zwanej ustawą) skutkującej odrzuceniem odwołania, gdyż, że kopia treści odwołania została zamawiającemu doręczona w dniu 21 kwietnia 2009r. tj. w 6 dniu od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu. Zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy zamawiający ma obowiązek rozstrzygnąć protesty dotyczące wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty - w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty odwołującego poinformował w dniu 3 kwietnia 2009r., zatem termin na

wniesienie ostatniego z protestów upływał w dniu 10 kwietnia 2009r. (art. 180 ust. 2 ustawy) Zamawiający miał obowiązek rozstrzygnąć protesty do dnia 20 kwietnia 2009r., a więc rozstrzygnięcie protestu dokonane przez zamawiającego w dniu 15 kwietnia 2009r. nastąpiło w terminie (art. 184 ust. 2 ustawy). Od tego dnia biegł termin dla odwołującego na wniesienie odwołania. Odwołanie odwołujący wniósł za pośrednictwem operatora publicznego „Poczty Polskiej” S.A. w dniu 20 kwietnia 2009r., a więc w 5 dniowym terminie. Kopia treści odwołania dotarła do zamawiającego w dniu 21 kwietnia 2009r., a więc w jeden dzień po terminie do wniesienia odwołania.

Zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.08.171.1058) do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym cytowaną ustawą. Ustawa ta weszła w życie w dniu 24 października 2008r. W przedmiotowym postępowaniu protest został wniesiony w dniu 8 kwietnia 2009r., a więc po wejściu w życie ustawy z dnia 4 września 2008r. Zatem do odwołania z dnia 20 kwietnia 2009r. będą mieć zastosowanie przepisy art. 184 ust. 2 w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 września 2008r. Przepis ten stanowi, że odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, jeśli wartość zamówienia jest równa lub przekracza w postępowaniach na robotę budowlaną kwotę 5 150 000 euro. Pomiędzy stronami nie było sporne, iż wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza równowartości kwoty 5 150 000 euro. Istotą sporu była kwestia, czy jednoczesność przekazania kopii odwołania może być uznana za zachowaną w sytuacji nadania u pocztowego operatora publicznego kopii treści odwołania w terminie do wniesienia odwołania, a doręczenia tej kopii po upływie tego terminu.

Zgodnie z linią orzecznictwa, zaprezentowaną jednolicie w orzecznictwie Izby oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30.01.2007r., kopia odwołania powinna trafić do Zamawiającego przed upływem terminu na wniesienie samego odwołania.

Wskazać należy, że wykładnia gramatyczna słowa „przekazać” nie jest na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych możliwa. Słownik języka polskiego (www.sjp.pwn.pl) pod hasłem „przekazać” podaje :

1. powierzyć komuś coś
2. powtórzyć komuś jakąś informację, czyjeś polecenie, słowa itp.
3. wysłać jakiś bodziec, sygnał, impuls do jakiegoś urządzenia, narządu itp.

4. wpłacić pieniądze do banku lub na pocztę, zlecając wypłacenie ich temu, na czyje nazwisko lub konto zostały wpłacone

Ta definicja językowa nie pozwala na wykładnię pojęcia „przekazać” w sposób jednoznaczny definiując je odpowiednio jako „wysłać”, albo „doręczyć”. Analiza samej ustawy także nie przynosi właściwego wyniku, albowiem słowo przekazać pojawia się w niej w różnych przepisach i z różnym skutkiem np. art. 42 ust. 2 ustawy wskazuje, że specyfikację przekazuje Zamawiający w terminie 5 dni od daty otrzymania wniosku wykonawcy, przy czym jednolicie przyjęło się, że jest to termin wysłania, a nie doręczenia, ale już w art. 94 ust. 1 ustawy, gdzie mowa jest o zawarciu umowy ustawodawca stanowi, że umowę zawiera się w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty i tu jednolicie przyjmuje się, że początek biegu terminu liczony być musi od doręczenia zawiadomienia. Tym samym z uwagi na nieposłużenie się przez ustawodawcę innym bardziej jednoznacznym sformułowaniem konieczne jest posłużenie się wykładnią celowościową przepisu art. 184 ust. 2 w związku z art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy. Ten zaś przepis stanowi o jednoczesności przekazania, a skoro jednocześnie, to najpóźniej w terminie do wniesienia odwołania, razem z nim. Dokonując w następnej kolejności wykładni celowościowej słowa „przekazać” użytego i w art. 184 ust. 2 ustawy jak i w art. 187 ust. 4 pkt. 7 ustawy należy wskazać, że celem ustawodawcy było, aby nie dopuścić do zawierania umów dotkniętych nieważnością. Ratio legis przepisu wynika z tego, że po upływie terminu do wniesienia odwołania Zamawiający może zawrzeć umowę na etapie po upływie składania ofert. Celem ustawodawcy było uniknięcie sytuacji, w której na skutek braku wiedzy o wpłynięciu odwołania, którego uwzględnienie skutkowałoby unieważnieniem postępowania, zostałyby zawarta umowa. Taka umowa w przypadku unieważnienia postępowania w wyniku rozpoznania odwołania byłaby nieważna. Jeśli uwzględnić ten cel ustawodawcy słowo „przekazać” nie może być rozumiane inaczej niż „doręczyć”. W przeciwnym bowiem wypadku nie zachowany zostałby nadrzędny cel ustawy jakim jest zawarcie ważnej umowy. Nie można też interpretować terminu „przekazać” z art. 184 ust. 2 i art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy odmiennie w zależności od etapu postępowania, na którym składany jest środek ochrony prawnej.

Nadto zgodnie z art. 3 pkt 5 ustawy z dnia 12 czerwca 2003r. - Prawo pocztowe (Dz. U. Nr 130, poz. 1188 ze zm.) słowo "przekazać" należy utożsamiać z "doręczeniem". Nie można więc przyjąć za słuszną interpretację, że jednoczesne wysłanie kopii oraz odwołania do Prezesa UZP i Zamawiającego stanowi wypełnienie obowiązku określonego w art. 184 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, jeżeli kopia odwołania dotarła do wiadomości Zamawiającego po upływie ustawowego terminu do wniesienia odwołania. Jak najszybsze powiadomienie Zamawiającego służy zabezpieczeniu interesów wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz interesu publicznego.

Zapis skuteczności zachowania terminu poprzez złożenie w placówce pocztowej operatora publicznego został zastrzeżony wyłącznie dla wniesienia odwołania do Prezesa UZP. Odwołujący wypełniłby obowiązek wynikający z art. 184 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, gdyby przesłał Zamawiającemu kopię odwołania e-mailem lub faksem w wymaganym terminie.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, przy czym Izba stwierdziła, że nakład pracy pełnomocników zamawiającego w związku z przygotowaniem się do posiedzenia przed Izba i udziałem w posiedzeniu uzasadnia zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania – kosztów zastępstwa przez pełnomocników w wysokości 1 700zł., co zostało także potwierdzone przedłożonym przez zamawiającego rachunkiem, opiewającym wprawdzie na kwotę wyższą, ale nieadekwatną do nakładu pracy pełnomocników.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy na niniejsze wyrok /postanowienie* -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....