

POSTANOWIENIE

z dnia 7 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Klaudia Szczytowska – Maziarz

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 7 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Porr (Polska) S.A. ul. Wybrzeże Gdyńskie 6A, 01-531 Warszawa i Porr Projekt und Hochbau AG Absberggasse 47, 1103 Wiedeń (Austria)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Port Lotniczy Łódź im. Władysława Reymonta Sp. z o.o. ul. Generała S. Maczka 35, 94-238 Łódź,

protestu z dnia 29 maja 2009 r.

przy udziale **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia HOCHTIEF Polska Sp. z o.o. ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa, Warbud S.A. Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa, HOCHTIEF Construction AG Opernplatz 2, 45128 Essen (Niemcy)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Porr (Polska) S.A. ul. Wybrzeże Gdyńskie 6A, 01-531 Warszawa i Porr Projekt und Hochbau AG Absberggasse 47, 1103 Wiedeń (Austria) 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 uiszczzonego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Porr (Polska) S.A. ul. Wybrzeże Gdyńskie 6A, 01-531 Warszawa i Porr Projekt und Hochbau AG Absberggasse 47, 1103 Wiedeń (Austria),**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Porr (Polska) S.A. ul. Wybrzeże Gdyńskie 6A, 01-531 Warszawa i Porr Projekt und Hochbau AG Absberggasse 47, 1103 Wiedeń (Austria).**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *wybór Generalnego Wykonawcy inwestycji pn. Budowa Terminala Pasażerskiego nr 3 Międzynarodowego Portu Lotniczego Łódź im. Władysława Reymonta w zakresie zadania nr 3 określonego w zatwierdzonym projekcie budowlanym* prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) w trybie przetargu ograniczonego. Postępowanie to w imieniu Zamawiającego prowadzi Konsorcjum Tebodin SAP-Projekt Sp z o.o. oraz Project Management Intertecno Sp. z o.o. ul. Rakowiecka 36, 02-532

Warszawa, z którym prowadzona jest korespondencja (w dalszej treści postanowienia czynności pełnomocnika i wobec pełnomocnika są traktowane jak Zamawiającego). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z 10 października 2008 r. pod numerem 2008/S 203-269485. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 127.000.000 zł, tj. 32.756.441,67 euro.

19 maja 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Odwołującego. 29 maja 2009 r. decyzję tę oprotestowali wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., Warbud S.A. i HOCHTIEF Construction AG. 1 czerwca 2009 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił Odwołujący. 3 czerwca 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o rozstrzygnięciu protestu, który uwzględnił w całości. Od tego rozstrzygnięcia 10 czerwca 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nadając je w placówce pocztowej operatora publicznego. Do odwołania Odwołujący dołączył potwierdzenie nadania kopii odwołania listem poleconym w placówce pocztowej operatora publicznego 10 czerwca 2009 r. Jak oświadczył Zamawiający, kopię tak nadaną otrzymał 15 czerwca 2009 r., co potwierdza prezentata Project Management Intertecno Sp. z o.o. (uprawnionej do odbioru korespondencji w tym postępowaniu).

Rozstrzygnięcie protestu zostało Odwołującemu doręczone 3 czerwca 2009 r., więc termin na wniesienie odwołania i przekazanie Zamawiającemu jego kopii upłynął 13 czerwca 2009 r. (sobota). Kopia odwołania wpłynęła do Zamawiającego 15 czerwca 2009 r., czyli po upływie terminu na wniesienie odwołania, a więc bez zachowania wymogu jednoczesności określonego w przepisie art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący okazał potwierdzenie nadania 27 stron faksu 12 czerwca o godz. 10:20, która to transmisja trwała 47 minut i 17 sekund, a jako wynik urządzenie zaznaczyło „błąd komunikacji”. Zamawiający oświadczył i przedstawił Izbie do wglądu otrzymane od Odwołującego fakсы z 10 czerwca 2009 r. – czas transmisji od godz. 16:34 do 16:59 (28 stron) oraz z 12 czerwca 2009 r. pomiędzy 9:17 a 9:53 (niepełnie strony, oznaczone przez

faks od 7 do 27) oraz pomiędzy 10:20 a 11:06 (28 stron), jednak wszystkie zawierają protest na czynność powtórzenia 3 czerwca 2009 r. oceny ofert, odrzucenia jego oferty i wyboru oferty wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., Warbud S.A. i HOCHTIEF Construction AG jako najkorzystniejszej, a nie niniejsze odwołanie.

Na podstawie powyżej ustalonych okoliczności faktycznych wynikających z dokumentacji postępowania oraz oświadczeń złożonych podczas posiedzenia skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie podlega odrzuceniu.

Przy rozpoznawaniu niniejszej sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą nie stosuje się przepisów i zasad wynikających z Kodeksu postępowania cywilnego, gdyż postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem uregulowanym odrębnymi przepisami, tj. ustawą Prawo zamówień publicznych oraz wydanym na jej podstawie rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, a jedynie, gdy ustawa Prawo zamówień publicznych nie stanowi inaczej – odpowiednio stosuje się przepisy ustawy Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym). Ustawa Prawo zamówień publicznych w specyficzny dla siebie sposób uregulowała zagadnienie przekazania kopii odwołania zamawiającemu oraz przesłanki odrzucenia odwołania przez Izbę.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli Odwołujący nie przekazał kopii odwołania Zamawiającemu zgodnie z art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast zgodnie z przepisem art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu, odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w ciągu 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu na jego rozstrzygnięcie jednocześnie przekazując kopię treści

tego odwołania zamawiającemu. W świetle powyższego przepisu termin ten jest zachowany, jeżeli odwołanie zostanie złożone w placówce pocztowej operatora publicznego. Jednak zastrzeżenie to dotyczy wyłącznie przekazania odwołania Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, a nie kopii tego odwołania zamawiającemu. Potwierdza to m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt: V Ca 117/07), w którym Sąd stwierdził, iż: „mając na uwadze ogólną zasadę rządzącą postępowaniem o zamówienie publiczne, tj. szybkość i cel jakiemu służy powiadomienie zamawiającego o odwołaniu, tj. po pierwsze konieczność poinformowania o jego treści innych zainteresowanych – wykonawców, po drugie jak najszybsze powzięcie wiadomości o zakończeniu bądź nie postępowania wywołanego protestem, a tym samym możliwość skutecznego zawarcia umowy z wykonawcą najkorzystniejszej oferty, w ocenie Sądu Okręgowego, o zachowaniu terminu na przekazanie kopii zamawiającemu i wywiązanie się z obowiązku jednoczesności możemy mówić wtedy, gdy kopia tego odwołania dotrze do Zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie. Jak wynika z zapisu ustawy skuteczność zachowania terminu poprzez złożenie w placówce operatora publicznego zastrzeżona jest wyłącznie dla wniesienia odwołania, zapis ten pozostał w niezmiennym brzmieniu mimo zmiany treści przywołanego artykułu w 2006 r. Taka możliwość nie została wprost przewidziana dla powiadomienia Zamawiającego, co nie znaczy, że jest niedopuszczalna i wykluczona. Składający odwołanie może jego kopię nadać do Zamawiającego pocztą, jednak by uznać za spełniony warunek określony w przepisie, do wiadomości adresata musi ona dotrzeć w czasie przewidzianym ustawą pzp dla jego wniesienia, czyli 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu.” (w tym stanie faktycznym – 10 dni, lecz zmiana przepisu dotycząca długości terminu wniesienia odwołania, nie zmienia samej zasady przekazania jego kopii). Stanowisko to zostało jednoznacznie przyjęte w orzecznictwie i piśmiennictwie.

Należy zwrócić uwagę, iż to właśnie przepis art. 184 ust. 2 zdanie 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również przepisy dotyczące wnoszenia skargi, są wyjątkiem od ogólnie przyjętej w ustawie Prawo zamówień

publicznych zasady, iż dla zachowania wyznaczonego terminu decydująca jest nie „data stempla pocztowego”, lecz chwila doręczenia dokumentu lub oświadczenia adresatowi. Tak jest np. przy wnoszeniu zapytań do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, składaniu oferty, uzupełnianiu dokumentów i udzielaniu wyjaśnień (chyba że zamawiający – w przypadkach, w których jest to od niego zależne – określi inaczej termin), czy wnoszeniu protestu. Wyjątki te dotyczą zaś przekazywania korespondencji podmiotom innym niż zamawiający (Prezes Urzędu Zamówień Publicznych i sąd), a nie zamawiającemu.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....