

**Sygn. akt KIO/UZP 227/09**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 6 marca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Agata Mikołajczyk**

**Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **6 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Covidien Polska Sp. z o. o, Al. Jerozolimskie 162, 02 – 342 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **SP ZOZ Szpital Miejski im. J. Brudzińskiego, ul. Wójta Radtkego 1, 81 – 348 Gdynia** protestu z dnia **6 lutego 2009 r.**

przy udziale „**Johnson & Johnson**” **Poland Sp. z o. o., Łżecka 24, 02 – 135 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

**2. kosztami postępowania obciąża Covidien Polska Sp. z o. o, Al. Jerozolimskie 162, 02 – 342 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Covidien Polska Sp. z o. o, Al. Jerozolimskie 162, 02 – 342 Warszawa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Covidien Polska Sp. z o. o, Al. Jerozolimskie 162, 02 – 342 Warszawa** na rzecz **SP ZOZ Szpital Miejski im. J. Brudzińskiego, ul. Wójta Radtkego 1, 81 – 348 Gdynia** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Covidien Polska Sp. z o. o, Al. Jerozolimskie 162, 02 – 342 Warszawa.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę materiałów szewnych i pomocniczych do Szpitala Miejskiego im. J. Brudzińskiego w Gdyni, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, (Dz. Urz. UE 2008/S 146 – 196534 z 30.07.2008 r. ), w dniu w dniu 6 lutego 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Covidien Polska Sp. z o.o. z Warszawy.

Złożenie protestu było następstwem powiadomienia pismem doręczonym 30 stycznia 2009 r. o wyborze oferty:

- Górnośląskiej Centrali Zaopatrzenia Medycznego Zarys Sp. z o.o. na części: 1;8;20;21 zamówienia,
- Johnson & Johnson Poland Sp. z .o. o. na części:2,5,6,15,
- unieważnieniu postępowanie na części 3;4;7;9;10;11;12;13;14;16;18;19,
- oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Covidien Polska Sp. z o.o. w zakresie części: 1,2,3,5,7,8,9,10,11,12,13,14,16,17,18 zamówienia, na które złożył on ofertę.

Odwołujący Covidien Polska Sp. z o.o., zwany dalej również Odwołującym I, zarzucił Zamawiającemu – Szpitalowi Specjalistycznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej Szpitalowi

Miejskiemu im. J. Brudzińskiego w Gdyni naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2009 r. Nr 171, poz. 1058) to jest:

1. art. 89 ust. 2 pkt 1 i art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez wybór oferty złożonej przez Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. na część 2 i 5 zamówienia, mimo że oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 85 ust. 4 ustawy, w związku z art. 24 ust 2 pkt 4, przez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie Odwołującego I z postępowania za nie wniesienie wadium,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez wybór oferty złożonej przez Górnośląską Centralę Zaopatrzenia Medycznego Zarys Sp. z o.o. na części: 1;8 zamówienia, mimo że oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

Odwołujący I powołał się na naruszenie swego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia oraz przytoczył argumenty, na uzasadnienie zarzutów protestu.

Pismem z dnia 16 lutego 2008 r. Zamawiający uwzględnił protest w odniesieniu do zarzutów podnoszonych przeciwko ofercie Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. w odniesieniu do wyboru oferty tego wykonawcy w na część 2 i 5 zamówienia. W pozostałym zakresie protest został oddalony, to jest dotyczący zarzutów:

1. zaniechania odrzucenia oferty Johnson & Johnson Sp. z o.o. na część 1 zamówienia,
2. wyboru oferty Górnośląskiej Centrali Zaopatrzenia Medycznego Zarys Sp. z o.o. na część 1 i 8 zamówienia,
3. błędnego zastosowania art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, przez wykluczenie Odwołującego Covidien Polska Sp. z o.o. z postępowania.

Na powyższe rozstrzygnięcie zostały wniesione odwołania :

- w dniu 25 lutego 2009 r. przez Covidien Polska Sp. z o.o. zwany Odwołującym I.
- w dniu 25 lutego 2008 r. przez Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o., zwany dalej Odwołującym II. Odwołujący I Covidien Polska Sp. z o. o., zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 85 ust. 4 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, przez błędne przyjęcie, że Odwołujący I nie wniósł wadium wraz z przedłużeniem terminu związania ofertą, a w konsekwencji wykluczenie go z postępowania.
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez wybór oferty złożonej przez Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. na część 1 (2) i 5 zamówienia, mimo, że oferta ta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, przez wybór oferty złożonej przez Górnośląską Centralę Zaopatrzenia Medycznego Zarys Sp. z o.o. na część 1 i 8 zamówienia, jako niezgodnej z SIWZ.

Odwołujący I wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru ofert,
2. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego I z postępowania,
3. odrzucenia oferty złożonej przez Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. na część 1,2 i 5 zamówienia,
4. odrzucenia oferty złożonej przez Górnośląską Centralę Zaopatrzenia Medycznego Zarys Sp. z o.o. w Zabrze na część 1 i 8 zamówienia,
5. ponowne dokonanie czynności wyboru ofert na część: 1,2,3,5,7,8,9,10,11,12,13,14,16 i 18 zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, przystąpili:

Odwołujący II pismem z dnia 5 marca 2009 r., który podniósł zarzut, że Odwołujący I uchybił terminowi przekazania kopii Odwołania Zamawiającemu., a ponadto uchybił terminowi wniesienia protestu, gdyż winien był skarżyć czynność Zamawiającego z dnia 11 grudnia 2008 r. wezwania do przedłużenia wadium.

Odwołujący I pismem z dnia 4 marca 2009 r., który podtrzymał zarzuty sformułowane w proteście na część 2 i 5 zamówienia.

Izba na posiedzeniu dopuściła i przeprowadziła następujące dowody: z dokumentacji postępowania przetargowego, jako dowód uznała oświadczenie z dnia 03.03.2009r. złożone przez Dyrektora Zamawiającego, że kopia odwołania Covidien Polska Sp. z o. o., wpłynęła do Zamawiającego w dniu 02.03.2009r. oraz kserokopię wyciągu z książki korespondencji przychodzącej, z której wynika, iż wymienione przesyłka została doręczona w dniu 02.03.2009r. Ponadto rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu posiedzenia.

Odwołanie Covidien Polska Sp. z o. o. nie podlegało rozpatrzeniu.

Termin na wniesienie odwołania, liczony z uwzględnieniem daty upływu ostatniego z terminów na rozstrzygnięcie protestu, kończył swój bieg dnia 26.02.2009r Izba stwierdziła, że termin przekazania kopii odwołania Zamawiającemu nie został dotrzymany. Odwołujący, przesyłką poleconą nadaną w dniu 25 lutego 2009 r. w placówce operatora publicznego złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Przesyłką poleconą nadał też kopię odwołania dla Zamawiającego w dniu 25 lutego 2009 r. Zamawiający oświadczył, że wymienioną przesyłkę otrzymał w dniu 2 marca 2009 r. Odwołujący Covidien Polska Sp. z o. o. nie przedstawił, żadnego dowodu przeciwnego tym twierdzeniom. Stanowisko Zamawiającego potwierdza oświadczenie Dyrektora Zamawiającego o wpływie wymienionej

przesyłki w dniu 02.03.2009r. oraz wyciąg z książki odbioru korespondencji, gdzie pod datą 02.03.2009r. widnieje wpis o przesyłce z kancelarii prawnej CHAJEC, DON – SIEMION, ŻYTO nr listu poleconego R 271630087, tożsamy z oznaczonym przez pocztę na kopercie. Zatem Izba uznała, że kopia odwołania została Zamawiającemu przekazana po upływie terminu wyznaczonego w art. 184 ust. 4 Pzp. Kopia odwołania najpóźniej powinna wpłynąć do Zamawiającego w dniu 26 lutego 2009 r., to jest wraz z upływem terminu na wniesienie odwołania. Czynność nadania przesyłki z kopią odwołania drogą pocztową nie wywołuje skutku doręczenia w tej dacie, gdyż takie następstwa ustawa wiąże jedynie z nadaniem odwołania drogą pocztową do Prezesa UZP. Ratio legis przepisu art. 184 ust. 2 Pzp polega na tym, żeby Zamawiający mógł zawrzeć umowę po upływie terminu na wniesienie odwołania i nie pozostawał w niepewności co do faktu czy zostało złożone odwołanie, czy nie. W tej mierze istnieje ugruntowane orzecznictwo sądowe, gdzie można wskazać na orzeczenia Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt V Ca 117/07 z dnia 30.01.2007r. oraz sygn. akt V Ca 1889/07 z dnia 05.11.2007r., potwierdzające zależność skuteczności wniesienia odwołania od zachowania terminu doręczenia jego kopii Zamawiającemu. W ocenie Sądu Okręgowego należy przede wszystkim zwrócić uwagę na to, że celem takiego unormowania jest zapewnienie sprawności przebiegu postępowania o zamówienie publiczne, ale i jego jasności i pewności dla wszystkich jego uczestników, co wiąże się też z umożliwieniem Zamawiającemu powzięcia wiadomości o zakończeniu, bądź nie postępowania protestacyjnego w takim czasie, aby możliwe było skuteczne zawarcie umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Po upływie terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp, w braku wiedzy o wniesionym odwołaniu, Zamawiający może pozostawać w usprawiedliwionym przekonaniu, że postępowanie wywołane protestem zostało zakończone i nie ma przeszkód do zawarcia umowy i tym samym narazić się na zarzut dotknięcia zawartej w dobrej wierze umowy w sprawie zamówienia publicznego, sankcją nieważności ex tunc.

Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego Covidien Polska Sp. z o. o., że do zachowania terminu przekazania kopii odwołania Zamawiającemu, stosuje się przepisy Kodeksu postępowania cywilnego oraz Kodeksu postępowania administracyjnego, gdzie wystarczające jest dla zachowania terminu dokonania czynności nadanie pisma w placówce pocztowej operatora publicznego.

Do postępowania odwoławczego zgodnie z art. 184 ust. 6, stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17.11.1964. Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa Pzp nie stanowi inaczej. W ocenie składu orzekającego art. 184 ust. 2 Pzp zawiera regulację odrębną, zatem przepisy Kpc nie mają w sprawie zastosowania. Izba nie uwzględniła wniosku o odroczenie posiedzenia. Przesłanki formalne skutkujące odrzuceniem odwołania podlegają badaniu przez Izbę z urzędu. Okoliczność ta

jako wynikająca z powszechnie obowiązujących przepisów prawa powinna być znana Odwołującemu Covidien Polska Sp. z o. o. O interpretacji prawnej art. 184 ust. 2 Pzp, do dnia wydania postanowienia jednolicie przyjmowanej przez Izbę Odwołujący się mógł powziąć wiadomości przed otwarciem posiedzenia, gdyż orzecznictwo KIO dostępne jest na stronie internetowej UZP np. postanowienie KIO z 29.01.2008r. (sygn. akt KIO/UZP 123/07). Ponadto postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego oraz postępowanie odwoławcze przed Izbą cechuje szybkość. Izba nie znalazła zatem podstaw do odraczania posiedzenia, o co wnioskował Odwołujący Covidien Polska Sp. z o. o.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 Pzp .

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 zmianami).

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 późn. zm.) na niniejszy postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....