

Sygn. akt: KIO/UZP 641 /08

POSTANOWIENIE
z dnia 9 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 lipca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ERBUD S.A. ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków – Balice Sp. z o.o. ul. kpt. Mieczysława Medweckiego 1, 32-083 Balice** protestu z dnia **19 czerwca 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **ERBUD S.A. ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa**

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 **ERBUD S.A. ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **ERBUD S.A. ul. Puławska 300 A, 02-819 Warszawa** na rzecz **Międzynarodowego Portu Lotniczego im. Jana Pawła II Kraków – Balice Sp. z o.o. ul. kpt. Mieczysława Medweckiego 1, 32-083 Balice** 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 **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ERBUD S.A. ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa.**

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

Zamawiający Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków-Balice prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę garażu wielopoziomowego na terenie Międzynarodowego Portu Lotniczego im. Jana Pawła II Kraków-Balice”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 5 lutego 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2008/S 24-031985.

Dnia 12 czerwca 2008 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego się z postępowania. Czynność powyższa stała się podstawą do wniesienia protestu (dnia 19 czerwca 2008 r.). Dnia 20 czerwca 2008 r. Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego oddalenie. Z decyzją powyższą nie zgodził się Odwołujący się i wniósł dnia 25 czerwca 2008 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W tym samym dniu nadał również do

Zamawiającego przesyłkę poleconą za potwierdzeniem odbioru, zawierającą odwołanie. Dodatkowo Odwołujący się, w dniu następnym, przesłał Zamawiającemu odwołanie faksem.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na posiedzeniu, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Wykonawca wnosząc odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jest zobowiązany do jednoczesnego przekazania jego kopii Zamawiającemu, na mocy przepisu art. 184 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że warunek jednoczesnego przekazania kopii odwołania Zamawiającemu nie jest dotrzymany w sytuacji, jak ma to miejsce w badanym stanie faktycznym, gdy wykonawca złoży kopię odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jednocześnie z wniesieniem odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Słowo *przekazać* oznacza podać coś do czyjejs wiadomości, powtórzyć czyjeś polecenie, słowa itp. (Nowy słownik języka polskiego, Warszawa 2002). Przekazanie wiadomości lub dokumentu zakłada więc dotarcie do adresata. Także cel przepisu zostanie spełniony jedynie w sytuacji, gdy zamawiający najpóźniej z upływem terminu przewidzianego na wniesienie odwołania uzyska wiedzę na temat skorzystania przez wykonawcę z tego środka prawnego. Zamawiający nie może pozostawać w stanie niepewności co do faktu, czy protest został ostatecznie rozstrzygnięty. Jest to również bardzo istotne z punktu widzenia wykonawcy, gdyż tylko wtedy może mieć pewność, że skutecznie powstrzymał zamawiającego przed podpisaniem umowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, kopia odwołania winna dotrzeć do zamawiającego jednocześnie z wniesieniem odwołania. Warunek ten można uznać za zachowany, gdy kopia zostanie przesłana faksem. W badanym stanie faktycznym, Odwołujący się uchybił temu obowiązkowi, gdyż nie przekazał Zamawiającemu odwołania najpóźniej w dniu upływu terminu na jego wniesienie. Termin ten upływał 25 czerwca 2008 r. i w tym dniu została nadana w placówce pocztowej operatora publicznego również kopia odwołania, która dotarła do Zamawiającego dnia 30 czerwca 2008 r. (po terminie). Odwołujący się przekazał kopię odwołania również za pośrednictwem faksu, jednakże i w tym wypadku termin nie został dochowany, bowiem kopia została przesłana dnia 26 czerwca 2008 r. (prezentata Zamawiającego, wydruk z transmisji faksu).

Co prawda, Odwołujący się podjął próbę przekazania kopii odwołania za pośrednictwem faksu dnia 25 czerwca 2008 r. o godz. 15.42, jednakże nieskutecznie. Nie można podzielić stanowiska Odwołującego się, nie zostało to udowodnione, że w spornym dniu faks

Zamawiającego działał wadliwie. Jak wynika z kopii raportów transmisji faksu, przedłożonych przez Odwołującego się na rozprawie, sporny nr faksu o godz. 15.42, 15.43 oraz 16.03 (kolejne próby przekazania kopii odwołania) był zajęty, a nie uszkodzony. Wadliwości urządzenia Zamawiającego zaprzeczają również oświadczenia asystentek Biura Zarządu Zamawiającego p. Magdaleny Kupiec oraz p. Małgorzaty Ślimak (dowód w aktach sprawy). Dodatkowo fakt ten potwierdza wyciąg z książki korespondencji przychodzącej Zamawiającego, z którego wynika, że w dniu 25 czerwca 2008 r. na sporny numer faksu wpłynęło tą drogą sześć dokumentów.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2002 r. (sygn. akt III PZP 17/02, OSNP 2003, Nr 20, poz. 481) oświadczenie woli wysłane i odebrane za pomocą telefaksu należy uważać za złożone z chwilą, w której adresat mógł się zapoznać z jego treścią, a chwilą tą jest chwila odbioru faksu przez aparat adresata. Zamawiający kopii odwołania dnia 25 czerwca 2008 r. nie odebrał za pośrednictwem faksu, ani nie otrzymał w formie pisemnej. Tymczasem tylko te dwie formy komunikowania się zastrzegł Zamawiający w rozdziale VII SIWZ, czego Odwołujący się nie kwestionował, chociażby na drodze środków ochrony prawnej, a więc formy te zaakceptował. Takie zastrzeżenie przez Zamawiającego, w ocenie Izby, jest prawidłowe. Przepis art. 27 ust. 1 ustawy Pzp umożliwia Zamawiającemu wybór formy porozumiewania się z wykonawcami. Wobec tego należy uznać, że wskazana w SIWZ forma komunikowania się z wykonawcami jest formą wiążącą strony i tylko przy zachowaniu przez wykonawcę określonych przez Zamawiającego form można uznać, że dokument został skutecznie przekazany. Z tej przyczyny przekazanie kopii odwołania drogą e-mailową nie czyni zadość wymaganiom Zamawiającego i nie może być przyjęte, chociażby z tych względów, że Zamawiający nie mógł się nawet spodziewać, że tą drogą zostanie mu doręczona korespondencja w przedmiotowym postępowaniu, a co za tym idzie mógł się z nią nie zapoznać i w tym przedmiocie nie można czynić Zamawiającemu zarzutów.

Nadto należy zwrócić uwagę, że według oświadczenia złożonego przez pełnomocnika Odwołującego się na posiedzeniu, mimo trudności w kontakcie z Zamawiającym, Odwołujący się podjął jedynie próbę kontaktu z p. Jolantą Strojek, która to próba okazała się bezskuteczna. Zaniechał natomiast próby kontaktu chociażby z drugą osobą wskazaną w SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, tj. p. Janem Nowickim. W tym względzie nie dochował należytej staranności, bowiem o ewentualnym problemie nie starał się zawiadomić pracowników Zamawiającego, a próbował pozyskać informacje od podmiotów niezależnych. Podjęcie kilku prób przekazania kopii odwołania w ciągu dnia (godz. 15.42, 15.43, 16.03, 16.21 a następnie 19.49, 19.55) nie świadczy o dochowaniu należytej staranności, do której jest zobowiązany wykonawca, jako podmiot profesjonalny, działający w obrocie

gospodarczym i na którym ciąży obowiązek skutecznego przekazania kopii odwołania, tak aby zapobiec ewentualnemu podpisaniu umowy przez Zamawiającego.

Numer faksu 012 2855017, na który przesłano kopię odwołania nie należy do Zamawiającego, a do Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej, stąd przekazanie kopii odwołania na wskazany wyżej numer faksu nie wypełnia dyspozycji art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Stanowisko powyższe potwierdza również orzecznictwo. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 117/07) uznał, iż pierwszorzędną i priorytetową sprawą przy przekazaniu kopii odwołania zamawiającemu jest cel, jakiemu służyć ma ta czynność. Celem tym będzie jak najszybsze powzięcie przez zamawiającego wiadomości o zakończeniu bądź nie postępowania wywołanego protestem, a tym samym możliwość skutecznego zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. W ocenie Sądu o zachowaniu terminu na przekazanie kopii odwołania zamawiającemu i wywiązaniu się z obowiązku jednoczesności możemy mówić wtedy, gdy kopia odwołania dotrze do zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie. Sąd również wyraźnie stwierdził, że forma przekazania pisma poprzez nadanie w urzędzie pocztowym jest zastrzeżona wyłącznie dla czynności złożenia odwołania, natomiast dla powiadomienia zamawiającego o tej czynności poprzez przekazanie kopii odwołania forma ta nie została wprost przewidziana w przepisach ustawy, a zatem nie może być domniemywana.

Nie przekazanie kopii odwołania zamawiającemu, zgodnie z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, skutkuje odrzuceniem odwołania. Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. 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), uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*