

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 22 grudnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Członkowie: Katarzyna Brzeska**

**Anna Chudzik**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 22 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 13 grudnia 2010 r. przez **Agencję Reklamową DSK sp. z o.o., ul. Czardasza 16, 02-169 Warszawa** oraz **Value Media sp. z o.o., ul. Fasołowa 31A, 02-482 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „usługę kampania promocyjna dla Projektu Uzdrawiskowy Dolny Śląsk” prowadzonym przez **Miasto Jelenia Góra, Pl. Ratuszowy 58, 58-500 Jelenia Góra**

**orzeka:**

- 1. odrzuca odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Agencję Reklamową DSK sp. z o.o., ul. Czardasza 16, 02-169 Warszawa oraz Value Media sp. z o.o., ul. Fasołowa 31A, 02-482 Warszawa i nakazuje zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Agencję Reklamową DSK sp. z o.o., ul. Czardasza 16, 02-169 Warszawa oraz Value Media sp. z o.o., ul. Fasołowa 31A, 02-482 Warszawa wniesioną tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Jeleniej Górze**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

### **UZASADNIENIE**

Zamawiający – Miasto Jelenia Góra prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „usługę kampania promocyjna dla Projektu Uzdrawiskowy Dolny Śląsk” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W dniu 3 grudnia 2010 r. zamawiający zawiadomił faksem Agencję Reklamową DSK sp. z o.o. w Warszawie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Infinity Wojciech Dołhun, ul. Poleczki 74, Warszawa.

Wobec tej czynności zamawiającego Agencja Reklamowa DSK sp. z o.o., w Warszawie oraz Value Media sp. z o.o., w Warszawie zwane dalej łącznie „odwołującym” wniosły w dniu 13 grudnia 2010 r. odwołanie. Kopia odwołania została przesłana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 13 grudnia 2010 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 91 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

**Na podstawie przesłanej przez zamawiającego dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym treści ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania, oferty złożonej przez Agencję Reklamową DSK sp. z o.o., odwołania, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zawiera braków formalnych. Izba ustaliła również, iż uiszczono wpis od odwołania w terminie wynikającym z art. 187 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z §2

ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba ustaliła, iż wobec złożenia polecenia przelewu przez odwołującego 13 grudnia 2010 r. o g. 16.21 poprzez system Sorbnet obciążenie rachunku odwołującego a nawet zaksięgowanie przelewu nastąpiło jeszcze w dniu 13 grudnia 2010 r. (§5 ust. 3 pkt 2 regulaminu kanałów elektronicznych Banku BPH SA dla klientów biznesowych, za strona internetową tego banku). Okoliczność, iż przelew został wysłany do banku odbiorcy tj. Urzędu Zamówień Publicznych przez bank prowadzący rachunek odwołującego w dniu następnym nie miała znaczenia.

Wobec powyższego Izba rozpoznała odwołanie, stosownie do treści art. 187 ust. 1 ustawy Pzp.

W ustalonym w przedmiotowej sprawie stanie faktycznym zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, natomiast nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*usługę kampania promocyjna dla Projektu Uzdrawiskowy Dolny Śląsk*” ofertę złożył wykonawca Agencja Reklamowa DSK sp. z o.o., ul. Czardasza 16, 02-169 Warszawa. Powyższa okoliczność wynikała z pkt 2 formularza ofertowego, w którym jako wykonawca składający ofertę została wskazana Agencja Reklamowa DSK sp. z o.o. w Warszawie, a także z pkt 4 lit. g formularza ofertowego, w którym podmiot oświadczył, iż składa ofertę samodzielnie (dowód: formularz ofertowy oferty złożonej przez Agencję Reklamową DSK sp. z o.o. i przesłanej przez zamawiającego).

Izba ustaliła również, iż odwołanie zostało wniesione przez Agencję Reklamową DSK sp. z o.o. w Warszawie oraz Value Media sp. z o.o. w Warszawie. Powyższa okoliczność wynikała z treści odwołania, w którym jako odwołujący wyraźnie zostały wskazane obie ww. spółki. Ponadto do odwołania zostało załączone pełnomocnictwo z 13.12.2010 r. do wniesienia odwołania udzielone Panu Jackowi Domańskiemu przez Value Media sp. z o.o. oraz Agencję Reklamową DSK sp. z o.o. W pełnomocnictwie tym mocodawcy - spółki udzielające pełnomocnictwa, zostały określone jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że odwołanie od czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia przysługuje wykonawcy. Powyższa okoliczność wynika wprost z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w dziale VI ustawy Pzp przysługują „wykonawcy”. Zgodnie z treścią art. 2 pkt 11 ustawy Pzp,

na etapie po upływie terminu składania ofert, status „wykonawcy” przysługuje osobie fizycznej, osobie prawnej albo jednostce organizacyjnej nie posiadającej osobowości prawnej, która „złożyła ofertę”. Tymczasem Value Media sp. z o.o. oraz Agencja Reklamowa DSK sp. z o.o. nie złożyły wspólnej oferty w niniejszym postępowaniu, a więc nie są wykonawcą w rozumieniu ustawy Pzp.

Nawet gdyby przyjąć, że Pan Jacek Domański był uprawniony do wniesienia środków ochrony prawnej w imieniu Agencji Reklamowej DSK sp. z o.o. (co jednak nie wynika z przedłożonego wraz z odwołaniem pełnomocnictwa), to z treści odwołania nie można wyprowadzić wniosku, iż niniejsze odwołanie składane jest w imieniu i na rzecz Agencji Reklamowej DSK sp. z o.o. W ocenie Izby podmiotem wnoszącym środek ochrony prawnej jest Agencja Reklamowa DSK sp. z o.o. w Warszawie oraz Value Media sp. z o.o., w Warszawie, natomiast status wykonawcy w niniejszym postępowaniu przysługuje wyłącznie Agencji Reklamowej DSK sp. z o.o. w Warszawie.

Biorąc powyższe ustalenia faktyczne pod uwagę, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Izba wskazuje również, że wbrew twierdzeniom zamawiającego odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeśli odwołujący nie przekazał kopii odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że odwołujący przesłał zamawiającemu kopię odwołania drogą elektroniczną, tj. za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres poczty elektronicznej zamawiającego w dniu 13 grudnia 2010 r., o godz. 16.40, a więc po oficjalnych godzinach urzędowania zamawiającego.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2.

Regulujący kwestię sposobu przekazania kopii odwołania przepis art. 180 ust. 5 ustawy Pzp w sposób wyraźny przewiduje, że przekazanie to może się odbyć w każdy ze sposobów, o których mowa w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, a więc i drogą elektroniczną, zaś przepis art. 180 ust. 5 ustawy Pzp nie odsyła do treści art. 27 ust. 1 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba zważyła, że zamawiający nie obalił domniemania wynikającego ze zdania 2 art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Niewątpliwie przesłanie kopii odwołania w dniu 13 grudnia 2010 r. o g. 16.40 nastąpiło przed upływem 10 dniowego terminu do wniesienia odwołania, który upływał w tym dniu o g. 24.00 (art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 111§1 Kc). Okoliczność iż nastąpiło to po godzinach urzędowania zamawiającego nie była wystarczająca do obalenia domniemania, iż zamawiający mógł się zapoznać z treścią przesłanej kopii odwołania. Niewątpliwie potencjalna możliwość odebrania poczty elektronicznej istniała w dniu 13 grudnia 2010 r. po g. 16.40. Obalenie domniemania wynikającego ze zdania 2 art. 180 ust. 5 ustawy Pzp wymagałoby wykazania przez zamawiającego, iż zaistniała taka okoliczność, która uniemożliwiłaby zamawiającemu nawet potencjalną możliwość zapoznania się z treścią odwołania, a takiego dowodu zamawiający nie przeprowadził.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2, oraz art. 189 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238). tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....