

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 27 stycznia 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek**

**Członkowie: Andrzej Niwicki**

**Anna Packo**

**Protokolant: Urszula Krynicka**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 27.01.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **B3 System Spółka Akcyjna, 02-829 Warszawa, ul. Taneczna 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów, Departament Informatyki, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** protestu z dnia **15 grudnia 2008 r.**

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

**postanawia:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **B3 System Spółka Akcyjna, 02-829 Warszawa, ul. Taneczna 7** 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 **B3 System Spółka Akcyjna, 02-829 Warszawa, ul. Taneczna 7;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX(słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX 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 **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **B3 System Spółka Akcyjna, 02-829 Warszawa, ul. Taneczna 7.**

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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *zakup i dostawę streamerów typu DAT 160, kaset, kart USB 2.0 i usługi modyfikacji skryptów do backupowania danych dla Ministerstwa Finansów* (numer referencyjny R/47/08/EI/B/372/A/470). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 10 września 2008r. 2008/S 175-233289.

W dniu 5 grudnia 2008 roku zamawiający przekazał informację o rozstrzygnięciu postępowania i wyborze oferty złożonej przez It.expert Sp. z o.o. W dniu 15 grudnia 2008 roku faksem został wniesiony protest do zamawiającego wykonawcy B3System S.A., doręczony w formie pisemnej zamawiającemu w dniu 18 grudnia 2008 roku. Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w ustawowym terminie, który upłynął w dniu 27 grudnia 2008 roku (25 i 26 grudnia były dniami wolnymi), natomiast rozstrzygnięcie protestu zostało przekazane protestującemu w dniu 5 stycznia 2009 roku. W związku z oddaleniem protestu wykonawca wniósł w dniu 15 stycznia 2009 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przekazując jego treść zamawiającemu w tym samym dniu za pomocą faksu.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, skład orzekający ustalił, iż zamawiający przekazał odwołującemu pismo z rozstrzygnięciem protestu datowane na dzień 22 grudnia 2008 roku dopiero w dniu 5 stycznia 2009 roku. Zamawiający odrzucił protest wykonawcy na podstawie art. 183 ust. 4 ustawy pzp. Wykonawca uchybił terminowi do wniesienia protestu określonego w art. 180 ust. 2, którego początek biegu wyznaczał dzień

przekazania wykonawcom oraz zamieszczenia na stronie internetowej informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. 5 grudnia 2008 roku. W ostatnim dniu upływu dziesięciodniowego terminu do wniesienia protestu, wykonawca przekazał zamawiającemu jego treść tylko faksem. Zamawiający w siwz w rozdziale 15 ust. 2 zastrzegł jednoznacznie, iż „oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawca przekazują pisemnie lub faksem. (...) Nie dotyczy protestów i odwołań, które muszą być przekazane w formie pisemnej”. Jednocześnie w ustępie 3 zamawiający wskazał, iż „oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazane pisemnie lub za pomocą faksu uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu i każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania”. Protest w formie pisemnej został wniesiony do zamawiającego dopiero w dniu 18 grudnia 2008 roku.

Zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wpłynięciu protestu B3 System S.A. za pomocą faksu w dniu 16 grudnia 2008 roku wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu wywołanym jego wniesieniem, jednocześnie przekazując jego treść.

W tak ustalonym okolicznościach faktycznych, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej postanowił odrzucić odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.). Zgodnie z powołaną podstawą prawną, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie.

Protest, a następnie odwołanie wniesione zostały po wejściu w życie ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), tj. po 23 października 2008 roku. Zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy zmieniającej, do protestów wnoszonych od dnia jej wejście w życie (tj. 24 października 2008 roku) oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI ustawy zmienianej w nowym brzmieniu. Na skutek nowelizacji przepisów ustawy pzp., uległy zmianie termin do wnoszenia środków ochrony prawnej w postępowaniach o wartości zamówienia równej lub wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Zgodnie z art. 184 ust. 2 ustawy, odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu.

Zgodnie z doktryną i orzecznictwem sądów okręgowych (np. postanowienie SO w Kaliszu z 7.05.2007 sygn. akt VI Ga 46/07), protest jest oświadczeniem woli mającym być złożonym innej osobie (art. 61 § 1 kc) w jednej z form zastrzeżonej dla wywołania skutku prawnego. Zgodnie z wyborem dokonany przez zamawiającego na podstawie art. 27 ust. 3

ustawy pzp. w siwz w przedmiotowym postępowaniu dopuszczona została dla protestu jedynie forma pisemna. Niedochowanie tej formy nie zostało obostrzone w art. 27 ust. 1 ustawy pzp. rygorem nieważności czynności prawnej. Zatem, jeżeli forma szczególna wymagana jest tylko ze skutkiem *ad probationem* lub *ad eventum* to nie doręczenie odpowiedniego dokumentu adresatowi nie może wywoływać dalej idących skutków prawnych od tych, jakie wiąże z niedochowaniem takiej formy ustawa, a więc utrudnień dowodowych lub nie wystąpienia szczególnych konsekwencji prawnych. W dokumentacji postępowania znajduje się raport połączenia faksowego z potwierdzeniem odebrania przez urządzenie faksujące zamawiającego treści protestu przekazanej w dniu 15 grudnia 2008 roku o godzinie 11:17 (1587). Na tej podstawie Izba uznała, iż protest został skutecznie wniesiony do zamawiającego, który mógł się zapoznać z jego treścią w dniu 15 grudnia 2008 r.

Zgodnie z art. 61 kc oświadczenie woli zostaje złożone drugiej stronie z chwilą gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła się ona zapoznać z jego treścią. Zatem zarówno protest, jak i jego rozstrzygnięcie przez zamawiającego należy rozpatrywać w kategorii zwyczajnego zawiadomienia, wymagającego doręczenia.

W tym kontekście należało również ustalić czy i kiedy zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu, aby móc ustalić początek biegu terminu do wniesienia odwołania.

Każde oświadczenie woli rozumiane w sensie jurystycznym jest aktem socjalnym, intencjonalnie skierowanym do innych osób konstytuującym pewną zmianę w stosunkach prawnych. Realizacja tych funkcji zakłada, że odpowiednia decyzja („wola”) podmiotu stanie się poznawalna przez innych ludzi, a zatem w jakiś sposób ujawniona na zewnątrz. Nie jest miarodajny dla ustalenia, iż oświadczenie woli zostało złożone sam fakt przejawienia woli (np. sporządzenie pisma). Skutki czynności prawnej liczą się dopiero od złożenia oświadczenia woli. Przepis art. 61 KC reguluje chwilę złożenia oświadczenia woli. Jeżeli określone w przepisie wymagania nie zostaną spełnione, to zarazem nie zostanie spełniona konstytuująca ten rodzaj oświadczeń woli przesłanka (cecha istotna). W uzasadnieniu uchwały (7) z 20.2.1967 r., III CZP 88/66 (OSN 1967, Nr 12, poz. 210), SN stwierdził, że bez spełnienia tych wymagań oświadczenie woli „nie mogłoby powstać albo nie byłoby prawnie skuteczne”. Do składającego oświadczenie woli należy stworzenie takiej sytuacji, żeby adresat mógł się zapoznać z treścią oświadczenia woli i to bez szczególnych nakładów lub starań, a więc w zwykłym toku czynności (*System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne. Część ogólna tom 2* pod redakcją Zbigniewa Radwańskiego).

W niniejszej sprawie, Zamawiający wprawdzie przygotował pismo datowane na dzień 22.12.2008r., w którym przedstawił podstawy decyzji o odrzuceniu protestu przed upływem terminu na jego rozstrzygnięcie, jednak czynności skutecznie w terminie nie dokonał. Informację o rozstrzygnięciu przekazał wykonawcy dopiero w dniu 5 stycznia 2009 roku.

Licząc od tej daty wykonawca wniósł odwołanie w ustawowym 10 – dniowym terminie, tj. w dniu 15 stycznia 2009 roku.

W związku z powyższym, skład orzekający uznał, iż zamawiający w dniu 22 grudnia 2008 roku podjął decyzję w przedmiocie sposobu rozstrzygnięcia protestu wykonawcy, jednak nie można wiązać z tą chwilą skutku w postaci rozstrzygnięcia protestu. Dopiero złożenie oświadczenia drugiej stronie wywołuje skutki prawne danej czynności i pozwala określić termin jej wykonania. Ponadto, ustawa w art. 183 ust. 4 określa w jaki sposób zamawiający dokonuje rozstrzygnięcia protestu, wskazując obowiązek jego przekazania podmiotowi, który wniósł protest oraz wykonawcom, którzy przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, a jeżeli protest dotyczy treści ogłoszenia lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczenia również na stronie internetowej. Zatem, nawet przekazanie pisma innemu wykonawcy niż wnoszący protest lub przystępujący do postępowania nie wypełnia warunku formalnego dla wywołania skutku prawnego czynności.

Na tej podstawie Izba uznała, iż zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia protestu w terminie określonym na podstawie art. 183 ust. 1, a zatem na podstawie ustępu 3 należało uznać, iż protest został oddalony w dniu 27 grudnia 2008 roku. Od tej daty należało liczyć termin do wniesienia odwołania, który upłynął w dniu 6 stycznia 2009 roku. Odwołujący natomiast wniósł odwołanie dopiero w dniu 15 stycznia 2009 roku.

Na podstawie art. 184 ust. 2, w związku z art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy pzp, skład orzekający Izby postanowił jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego rozstrzygnięto na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....