

Sygn. akt KIO 1763/10

POSTANOWIENIE
z dnia 24 sierpnia 2010 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 24 sierpnia 2010 roku w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 18 sierpnia 2010 roku przez odwołującego - JOY Maszyny Górnicze sp. z o.o. ul. Murarska 20, 43-100 Tychy, reprezentowanego przez radcę prawnego Piotra Krupę [adres do doręczeń: Krupa Srokosz Patryas sp. k. ul. Chorzowska 50, 40-121 Katowice] od czynności zamawiającego - **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę do KWK „Budryk” członów oraz gwiazd napędowych kompletnych do przenośnika zgrzeblowego JOY AFC lub równoważnych w łącznej ilości 164 sztuk (pakiet 3 pozycje) z terminem realizacji od daty zawarcia umowy do 31 grudnia 2010 r., przy udziale Matix sp. z o.o. ul. Żyzna 11L, 42-202 Częstochowa przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - JOY Maszyny Górnicze sp. z o.o. ul. Murarska 20, 43-100 Tychy i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez JOY Maszyny Górnicze sp. z o.o. ul. Murarska 20, 43-100 Tychy, stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Pouczenie:

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę do KWK „Budryk” członów oraz gwiazd napędowych kompletnych do przenośnika zgrzeblowego JOY AFC lub równoważnych w łącznej ilości 164 sztuk (pakiet 3 pozycje) z terminem realizacji od daty zawarcia umowy do 31 grudnia 2010 r.

Odwołujący - JOY Maszyny Górnicze Sp. z o.o. z Tych reprezentowany przez radcę prawnego Piotra Krupę [adres dla doręczeń: Krupa Srokosz Patryas Sp. k. ul. Chorzowska 50 40-121 Katowice] wniósł odwołanie, które wpłynęło w dniu 18 sierpnia 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (pismo z dnia 13 sierpnia 2010 roku) nadane listem poleconym w placówce pocztowej operatora publicznego dnia 13 sierpnia 2010 roku. Zamawiającemu kopia odwołania została dostarczona faxem w dniu 13 sierpnia 2010 roku i w tym samym dniu nadana w placówce pocztowej operatora publicznego (kopia faxu potwierdzona oraz dowód nadania załączony do odwołania). Odwołanie zostało także przekazane w dniu 13 sierpnia 2010 r. faxem do Prezesa KIO.

Odwołanie dotyczy czynności zamawiającego, polegających na:

1. zaniechaniu wezwania MATIX sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie (dalej: „MATIX”) oraz M-PROFIL Magdalena Polak z siedzibą w Węgierskiej Górcie (dalej: „M-PROFIL”) do uzupełnienia brakujących i błędnych dokumentów;
2. zaniechaniu wykluczenia MATIX i M-PROFIL z postępowania i odrzucenia ofert tych wykonawców jako niezgodnych z treścią SIWZ;
3. przeprowadzeniu aukcji elektronicznej oraz dopuszczeniu do udziału w aukcji elektronicznej ofert MATIX oraz M-PROFIL

Wskazując na powyższe czynności odwołujący stwierdził, że skutkiem tego w tym postępowaniu o zamówienie publiczne, zamawiający naruszył art. 91a ust. 1 PZP oraz pkt. 15.1.specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) - poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej pomimo, że w postępowaniu złożono mniej niż trzy oferty niepodlegające odrzuceniu; art. 91b ust. 1 PZP - poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, tj. MATIX oraz M-PROFIL pomimo, że ich oferty podlegają odrzuceniu; art. 26 ust. 3 PZP - poprzez zaniechanie wezwania MATIX oraz M-PROFIL do uzupełnienia lub poprawienia brakujących lub zawierających błędy dokumentów stanowiących integralną część oferty; art. 7 ust. 1 PZP - poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu

ofert MATIX i M-PROFIL, które nie spełniały wymogów wynikających z SIWZ oraz ustawy PZP; art. 7 ust. 2 PZP - poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezgodny z przepisami ustawy PZP oraz pkt.8.1.4. SIWZ - poprzez dopuszczenie do aukcji elektronicznej oferty MATIX, pomimo załączenia do oferty przez MATIX nieprawidłowych referencji, tj. referencji wystawionych na rzecz Zakładu Maszyn Górniczych GLINK Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach (dalej: „GLINK”), który nie ubiega się wspólnie z MATIX o udzielenie zamówienia publicznego a także pkt.3.8.Załącznika nr 1 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna - poprzez dopuszczenie do aukcji elektronicznej MATIX oraz M-PROFIL pomimo załączenia do oferty nieprawidłowej opinii technicznej - przez MATIX oraz nieprawidłowego certyfikatu zgodności - przez M-PROFIL i art. 24 ust. 2 pkt. 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt.2 i 5 PZP - poprzez zaniechanie wykluczenia MATIX i M-PROFIL z postępowania i odrzucenia ofert tych wykonawców.

Odwołujący wskazał także, że informację o dopuszczeniu ofert MATIX oraz M-PROFIL do udziału w aukcji elektronicznej, wykonawca otrzymał w dniu 3 sierpnia 2010 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej, a o wyniku aukcji elektronicznej informację uzyskał - w dniu 6 sierpnia 2010 r. ze strony internetowej Zamawiającego. Do niniejszego postępowania odwoławczego w dniu 18 sierpnia 2010 r. przystąpił „Matix” sp. z o.o. z Częstochowy, żądając nie uwzględnienia odwołania i w całości popierając stanowisko Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba zważyła co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29 czerwca 2010 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2010/S 123 - 188558 (wydruk ogłoszenia w aktach sprawy). Tym samym do tego postępowania mają zastosowanie przepisy 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”.

Izba z urzędu na posiedzeniu niejawnym dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759),[dalej ustawa PZP].

Przedmiotem zamówienia publicznego są usługi, których wartość oszacowano na kwotę powyżej progów, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych (powyżej tzw. progów unijnych). Wniosek taki wynika z faktu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych odwołanie w postępowaniu, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji - faksem lub drogą elektroniczną – o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, bądź w terminie 15 dni – jeżeli informacja została przesłana w inny sposób. Odwołujący przyznał w treści odwołania i złożonych wyjaśnieniach, że informację o wykonawcach zaproszonych do aukcji elektronicznej, którzy jego zdaniem powinni być wykluczeni z postępowania - otrzymał drogą elektroniczną w dniu 3 sierpnia 2010 roku, co jest podstawą do przyjęcia, iż informację o uczestnikach aukcji elektronicznej doręczono Odwołującemu w sposób, o którym mowa w art. 27 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Zatem ustawowy termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 13 sierpnia 2010 roku.

W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 sierpnia 2010 roku należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu, albowiem zgodnie z art. 180 ust. 4 ustawy PZP odwołanie wnosi się do Prezesa KIO wyłącznie w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W niniejszym postępowaniu odwołanie zostało wniesione w formie pisemnej w dniu 18 sierpnia 2010 r. nadanym w dniu 13 sierpnia 2010 r. w placówce pocztowej operatora publicznego. Odwołanie zostało co prawda przekazane także faksem do Prezesa KIO w dniu 13 sierpnia 2010 r., jednakże dokument przekazany faxem nie spełnia formy pisemnej wymaganej przepisami ustawy PZP. Dla zachowania formy pisemnej przepisy prawa [art. 78 § 1 zdanie 1] wymagają złożenia własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

Wymaga podkreślenia, że po nowelizacji przepisów ustawy PZP ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. W przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych po jej nowelizacji ustawą z dnia 2 grudnia 2009 roku brak jest bowiem ustanowienia domniemania, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy Prawa zamówień publicznych w dotychczasowym brzmieniu (sprzed nowelizacji) wyraźnie stanowiły, że „złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu” (art. 184 ust. 2 zd. drugie Prawa zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie „wniesienia

odwołania” z jego doręczeniem. Na marginesie KIO zauważa, że na gruncie przepisów ustawy PZP po nowelizacji - art. 198b ust. 2 zdanie drugie - tylko dla skargi na orzeczenie Izby i dotrzymania terminu dla jej wniesienia możliwe jest złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 18 sierpnia 2010 roku jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Na powyższe ustalenia nie ma wpływu, że kopię odwołania przekazano zamawiającemu w dniu 13 sierpnia 2010 roku, a więc w terminie do wniesienia odwołania.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 ust 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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).

Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym.

Przewodniczący:

.....