

POSTANOWIENIE
z dnia 19 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek - Bujak

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 19 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Agnieszkę Zimna prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „NEXSA” w Gnieźnie, 62-200 Gniezno, ul. Witkowska 40** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Niechanowo, 62-220 Niechanowo, ul. Różana 1** protestu z dnia **14 maja 2009 r.**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Agnieszkę Zimna prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „NEXSA” w Gnieźnie, 62-200 Gniezno, ul. Witkowska 40** 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 uiszczanego przez **Agnieszkę Zimna prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „NEXSA” w Gnieźnie, 62-200 Gniezno, ul. Witkowska 40,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **487 zł 76 gr** (słownie: czterysta osiemdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt sześć groszy) przez **Agnieszka Zimna prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „NEXSA” w Gnieźnie, 62-200 Gniezno, ul. Witkowska 40** na rzecz **Gminy Niechanowo, 62-220 Niechanowo, ul. Różana 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu pełnomocników strony na posiedzenie,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Agnieszka Zimna prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „NEXSA” w Gnieźnie, 62-200 Gniezno, ul. Witkowska 40.**

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

I. Stan faktyczny i stanowiska stron.

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *budowę przedszkola w Niechanowie – etap II-* numer referencyjny UG 341-I/1/09. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 marca 2009 r. pozycja 49391.

W dniu 7 maja 2009 roku zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przedsiębiorstwo Kompleksowej Obsługi Budownictwa Wegner sp.j.

Na czynność zaniechania odrzucenia oferty wybranej, w dniu 14 maja 2009 r. protest do zamawiającego wniosła odwołująca Agnieszka Zimna, zarzucając wobec wskazanego zaniechania, naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. W proteście wskazano na brak dokumentów, jakie wykonawca był zobowiązany załączyć, w tym dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Protestująca podniosła brak dokumentów

zaświadczających o uprawnieniach przedstawicieli Przedsiębiorstwa Wegner do wykonywania robót instalacyjnych i elektrycznych, które to roboty wchodzą w zakres zamówienia, a do ich wykonania wymagane jest posiadanie stosownych uprawnień. Protestująca wskazała również na różny sposób podpisywania i parafowania kserokopii załączonych dokumentów, gdyż część dokumentów podpisana jest przez wspólnika, natomiast zgodność kserokopii z oryginałem potwierdza pełnomocnik, umocowany do sporządzania i podpisywania oferty. W ocenie protestującej nie załączono pełnomocnictwa do występowania w imieniu podmiotu składającego ofertę, które powinno być opatrzone opłatą skarbową. W ocenie protestującej osoba potwierdzająca zgodność kserokopii z oryginałem nie miała wymaganego umocowania. Dodatkowo zakwestionowana została gwarancja wadialna zabezpieczająca wybraną ofertę, w której nie figuruje data wpływu do zamawiającego, a ponieważ nie została ona spięta razem z pozostałymi dokumentami do oferty, świadczy to jednoznacznie, że nie została złożona łącznie z ofertą. Okoliczności te potwierdzać mają, że wadium zostało wniesione do zamawiającego po terminie do składania ofert, co powinno prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający oddalił protest w całości, przekazując treść pisma protestującej faksem w dniu 21 maja 2009 roku. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia, zamawiający wskazał, iż wybrany wykonawca był wezwany do uzupełnienia dokumentów w zakresie uprawnień osób wykonujących zamówienie i w wyznaczonym terminie brakujące dokumenty przedłożył zamawiającemu. W odniesieniu do pełnomocnictwa zamawiający uznał, iż obowiązek uiszczenia opłaty skarbowej nie występuje w relacjach pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, które mają charakter cywilnoprawny, a załączone pełnomocnictwo spełnia wszystkie warunki, jakie określone zostały w ustawie kodeks cywilny. Natomiast w zakresie terminu wniesienia wadium, zamawiający odwołał się do treści protokołu z postępowania, w którym odnotowano, iż wybrana oferta zawiera gwarancję. Gwarancja ubezpieczeniowa z dnia 30.03.2009 r. została złożona razem z ofertą w terminie w zaklejonej i opisanej kopercie.

Wobec rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego w dniu 26 maja 2009 roku odwołująca wniosła odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, poprzez jego nadanie u operatora publicznego, przekazując jego treść zamawiającemu za pomocą przesyłki listowej nadanej listem poleconym w dniu 26 maja 2009 roku. W odwołaniu podtrzymano zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej, na tej podstawie, iż dokumenty złożone w ramach postępowania zostały poświadczane przez osobę nie posiadającą umocowania oraz naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Wegner z postępowania, przy braku jakiegokolwiek dowodu na złożenie wraz z ofertą

gwarancji wadialnej. Odwołująca wniosła o unieważnienie czynności wyboru oferty Wegner, wykluczenie tego wykonawcy z postępowania i nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

II. Ustalenia i stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, skład orzekający Izby stwierdził, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy zachodzą okoliczności prowadzące do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 i 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwaną dalej ustawą pzp.

Art. 184 ust. 2 ustawy pzp stanowi, że odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, a jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 5 dni, jednocześnie przekazując jego kopię zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu. Uchybienie obowiązkowi przekazania kopii odwołania zamawiającemu, zgodnie z przytoczonym artykułem, skutkuje odrzuceniem odwołania na posiedzeniu niejawnym (art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy pzp). Jak wynika z przepisu ustawy, złożenie odwołania w placówce pocztowej, zostało zastrzeżone dla uznania skuteczności wniesienia odwołania do Prezesa Urzędu. Przepis nie wskazuje na tożsamość sposobu wniesienia odwołania z przekazaniem jego kopii zamawiającemu. Z kolei art. 184 ust. 2 ustawy pzp, wskazuje na obowiązek zachowania jednoczesności przekazania kopii z dniem wniesienia odwołania do Prezesa Urzędu. Zgodnie z orzeczeniami wydanymi przez Sąd Okręgowy w Warszawie, z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 117/07) oraz z dnia 27 kwietnia 2007 r. (sygn. akt V Ca 467/07), „o zachowaniu terminu na przekazanie kopii zamawiającemu i wywiązanie się z obowiązku jednoczesności możemy mówić, gdy kopia tego odwołania dotrze do Zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie”.

W przedmiotowej sprawie wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp, która dla robót budowlanych wynosi 5 150 000 euro (dla zamawiających z sektora finansów publicznych). Zatem, w postępowaniu termin na wniesienie odwołania wynosi 5 dni

liczony od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu (art. 184 ust. 2 Pzp.). Zamawiający, co zostało potwierdzone przez odwołującego w samej treści odwołania, jak również na posiedzeniu, przekazał rozstrzygnięcie protestu w dniu 21 maja 2009 roku za pomocą faksu. Kopię odwołania wykonawca przekazał zamawiającemu za pomocą przesyłki poleconej o numerze 105212892, nadanej w tym samym dniu, w którym wniesione zostało odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, tj. 26 maja 2009 roku. Jak wynika z daty wpływu przesyłki do Urzędu Gminy Niechanowo, kopia odwołania dotarła do zamawiającego dopiero w dniu 27 maja 2009 roku, a więc po upływie terminu do wniesienia odwołania, który upływał w dniu 26 maja 2009 roku. Wypełnienie obowiązku przekazania kopii odwołania zamawiającemu wymagało doręczenia treści oświadczenia wykonawcy do zamawiającego przed upływem wskazanego powyżej terminu. Samo nadanie przesyłki poleconej nie umożliwiło zamawiającemu zapoznanie się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia. Szeroką interpretację pojęcia „przekazać” zawiera postanowienie SO w Poznaniu z dnia 18 października 2007 roku (sygn. akt X Ga 311/07), w którym Sąd stwierdził, iż pod pojęciem „przekazać” „(...) ustawa Prawo pocztowe rozumie etap końcowy świadczenia usługi pocztowej zwany „doręczeniem” oraz, że w związku z tym pojęcie „przekazania” pozostaje w takim stosunku do pojęcie „nadanie”, iż to ostatnie stanowi jedynie polecenie przekazania. Powyższe wskazuje zatem, że użyte w art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych pojęcie „przekazać”, przy przekazywaniu kopii odwołania drogą pocztową, w znaczeniu prawnym, zakłada doręczenie kopii odwołania zamawiającemu”.

Niezależnie od powyższej okoliczności, skład orzekający stwierdził wypełnienie kolejnej przesłanki odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy pzp. Protest, a następnie odwołanie wniesione zostało 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). Na skutek nowelizacji przepisów ustawy pzp, uległ rozszerzeniu katalog przesłanek odrzucenia odwołania przez Izbę na posiedzeniu, określony w art. 187 ust. 4 ustawy pzp, do którego dodano pkt 8, dotyczący odwołań wnoszonych w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp. Ustawodawca w stosunku do postępowań „podprogowych” przyznał prawo do wnoszenia odwołania od rozstrzygnięcia protestu, ale w zakresie ograniczonym do czynności wymienionych w art. 184 ust. 1a ustawy pzp, tj. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzucenia oferty. Intencją ustawodawcy było umożliwienie weryfikacji decyzji zamawiających podejmowanych w postępowaniach, do których nie mają zastosowania dyrektywy odwoławcze, przez niezależny organ.

Ustawodawca krajowy przyznając prawo do wniesienia odwołania w postępowaniach poniżej progów unijnych ograniczył je do czynności wskazanych w art. 184 ust. 1a ustawy pzp. W odniesieniu do czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia oferty, prawo do wniesienia odwołania przysługuje jedynie temu wykonawcy, którego one dotyczą, tj. wywierają bezpośrednio niekorzystne skutki dla wykonawcy zainteresowanego uzyskaniem zamówienia. Tym samym wykonawca nie może skutecznie wnieść odwołania, powołując się na zarzuty odnoszące się do odrzucenia lub braku odrzucenia oferty innego wykonawcy albo do wykluczenia lub braku wykluczenia z postępowania innego wykonawcy (podobne stanowisko przedstawione w publikacji UZP *Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 roku, wyd. 2008 r., str. 142*).

Wartość niniejszego zamówienia ustalona przez Zamawiającego jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi 1.202.583,99 zł netto co stanowi równowartość kwoty 310.176,16 euro (ustalona przez zamawiającego w dniu 24.02.2009 r.). Zarzuty w odwołaniu w całości dotyczą czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która winna podlegać odrzuceniu, a wykonawca wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp. Odwołująca nie podnosiła zarzutów dotyczących czynności podjętych, czy też zaniechanych względem jej oferty. Tym samym, zarzuty odwołania dotyczą innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a ustawy pzp, co wypełnia przesłankę odrzucenia odwołania określoną w art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy pzp.

W związku z powyższymi ustaleniami, odwołanie podlegało odrzuceniu zarówno z uwagi na niedopełnienie obowiązku jednoczesnego przekazania kopii zamawiającemu, jak i wniesienie odwołania na czynność zamawiającego nie mieszczącą się w katalogu czynności wymienionych w art. 184 ust. 1 a ustawy pzp.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, uznając za uzasadnione koszty dojazdu pełnomocników zamawiającego na posiedzenie Izby w wysokości 487,76 zł, - na podstawie delegacji służbowej - samochodem prywatnym, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a 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 ze zm.). Izba nie przyznała zamawiającemu kosztów wskazanych w zestawieniu załączonym do odpowiedzi na odwołanie i dotyczących wysokości diety dla dwóch osób oraz wynagrodzenia pełnomocnika. Radca prawny reprezentujący zamawiającego, nie przedstawił rachunku

wystawionego dla zleceniobiorcy, ani umowy zlecenia, na podstawie których to dokumentów zachodziła by podstawa uwzględnienia wnioskowanych kosztów. Zgodnie ze złożonym na posiedzeniu oświadczeniem pełnomocnicy pozostają w stosunku pracy z zamawiającym. Sama treść pełnomocnictwa dla radcy prawnego nie wskazywała na możliwość poniesienia dodatkowych kosztów w związku z zastępstwem przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy pzp na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*