

Sygn. akt: KIO/UZP 10/09

POSTANOWIENIE
z dnia 20 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ ~~rozprawie~~^{*} w dniu ~~Aw dniach~~^{*} 20 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Raławicka 56** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Skarb Państwa – Ministra Obrony Narodowej w imieniu, którego działa Agencja Mienia Wojskowego z siedzibą w Warszawie, ul. Nowowiejska 26A** protestu ~~/protestów~~^{*} z dnia **9 grudnia 2008 r.**

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego, **xxx** – po stronie zamawiającego^{*}.

orzeka:

1 . odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Raławicka 56**

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 uiszczonego przez **Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Raławicka 56**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **xxx** na rzecz **xxx**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów **xxx**
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (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 **Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Raławicka 56**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę serwerów, macierzy dyskowych, bibliotek taśmowych oraz sprzętu sieciowego aktywnego zostało wszczęte przez Zamawiającego Skarb Państwa – Ministra Obrony Narodowej w imieniu, którego działa Agencja Mienia Wojskowego z siedzibą w Warszawie, ul. Nowowiejska 26A ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 sierpnia 2008r. za numerem 2008/S 161-217660. Zamawiający w dniu 28 listopada 2008r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia dotyczącej dostawy 1 kompletu zestawu serwerów, 1 kompletu zestawu pamięci masowej, 1 kompletu zestawu bibliotek taśmowych. Za najkorzystniejszą ofertę Zamawiający uznał ofertę złożoną przez Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Raławicka 56 – zwane dalej Odwołującym. W dniu 4 grudnia 2008r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o terminie podpisania umowy, który miał się odbyć w dniu 8 grudnia 2008r. o godz. 12:00 w siedzibie Zamawiającego i zobowiązał Odwołującego do wpłaty przed podpisaniem umowy zabezpieczenia należytego wykonania umowy na wskazane konto bankowe. Wskazał, że niestawienie się Odwołującego we wskazanym terminie i miejscu będzie potraktowane jako odmowa zawarcia umowy. Na to wezwanie w dniu 5 grudnia 2008r. Odwołujący przedłożył pismo, nazwane w treści pisma z dnia 11 grudnia 2008r., protestem z dnia 5 grudnia 2008r., w którym wskazał, że nie może podpisać umowy w określonym terminie, gdyż z mocy art. 146 ust. 1 pkt 7 ustawy z

dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058, dalej zwaną ustawą) umowa byłaby nieważna, gdyż przyjmując rozumowanie a contrario do art. 4 ust. 4 ustawy z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy – Prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 171 poz. 1058) do umów zawartych po dniu 24 października 2008r. stosuje się przepisy znowelizowane, a więc z mocy art. 94 ust. 1 ustawy w znowelizowanym brzmieniu termin zawarcia umowy nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty. W dniu 8 grudnia 2008r. Zamawiający wystąpił do InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółki Akcyjnej Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie o zapłatę kwoty wadium z polisy nr 150200/05/L/42/58/2008, gdyż należność jest wymagalna, powstała w okresie ważności gwarancji, a Odwołujący odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. W dniu 9 grudnia 2008r. Odwołujący powziął wiadomość od zakładu ubezpieczeń o wezwaniu do wypłaty wadium. W dniu 9 grudnia 2008r. Odwołujący wniósł protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 146 ust. 1 pkt 7 poprzez próbę zawarcia umowy, która byłaby nieważna z mocy prawa, art. 94 ust. 1 poprzez wezwanie do podpisania umowy przed upływem 10 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, art. 46 ust. 5 pkt 1 poprzez nieuzasadnione zatrzymanie wadium zrealizowane poprzez skierowanie wezwania do zapłaty do ubezpieczyciela i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez próbę zmuszenia Odwołującego do podpisania umowy z nierealistycznie krótkim terminem realizacji (4 dni) i wniósł o unieważnienie wezwania do podpisania umowy w dniu 8 grudnia 2008r. jako niezgodnego z przepisami ustawy i kodeksu cywilnego, niezwłoczne (najpóźniej w dniu 10 grudnia 2008r.) unieważnienie wezwania do zapłaty skierowanego do zakładu ubezpieczeń, gdyż wezwanie nieuzasadnione podważa wiarygodność Odwołującego wobec współpracującej instytucji finansowej i zwrot kwoty wadium, o ile zostało ono wypłacone Zamawiającemu przez ubezpieczyciela. Protest podpisał prezes zarządu Odwołującego uprawniony do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oferty.

W dniu 11 grudnia 2008r. Odwołujący dodatkowo skierował do Zamawiającego sprzeciw dotyczący podjętych przez Zamawiającego działań uznając je za naruszające zasadę równości stron oraz zaraz ustawy. W dniu 19 grudnia 2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest z dnia 9 grudnia 2008r., a rozstrzygnięcie doręczył Odwołującemu w dniu 22 grudnia 2008r. i oddalił protest w całości. W dniu 2 stycznia 2009r. Odwołujący wniósł odwołanie podtrzymując zarzuty podniesione w proteście z dnia 9 grudnia 2008r. oraz wskazując, iż pismo z dnia 11 grudnia 2008r. jest w rzeczywistości protestem na czynność Zamawiającego z dnia 4 grudnia 2008r. i dla tego protestu nierozstrzygniętego przez Zamawiającego termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 2 stycznia 2009r. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego stanowiącej wezwanie Odwołującego do zawarcia

umowy w dniu 8 grudnia 2008r., unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na zatrzymaniu wadium wraz z odsetkami poprzez wycofanie wezwania wniesionego do ubezpieczyciela wadium Odwołującego, zobowiązania Zamawiającego do bezzwłocznego zwrotu zatrzymanego wadium wraz z odsetkami na wypadek zrealizowania wadium przez ubezpieczyciela, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania stosownie do postanowień art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy i zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania. Odwołanie zostało podpisane tak jak protest. Kopia odwołania została Zamawiającemu przekazana faksem w dniu 2 stycznia 2008r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Odwołujący na posiedzeniu wskazał, iż pismo z 9 grudnia 2008 r. jest protestem, gdyż spełniało wymogi formalno-prawne protestu, natomiast pisma z 5 grudnia 2008 r. i 11 grudnia 2008 r. stanowiły wskazanie argumentacji Odwołującego. Zamawiający nie zaprzeczył tej okoliczności.

Zamawiający natomiast złożył wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust 1 pkt 4 Pzp wskazując, iż do postępowania odwoławczego mają zastosowanie przepisy w brzmieniu nadanym ustawą z 4 września 2008 r., a więc oddalenie protestu powinno było nastąpić w terminie 10 dni, tj. do 19 grudnia 2008 r., a brak doręczenia w tym terminie rozstrzygnięcia protestu należy traktować jako oddalenie protestu. Termin do wniesienia odwołania powinien być zatem liczony od 20 grudnia 2008 r. i upłynął w dniu 30 grudnia 2008 r., a dla liczenia terminu nie ma znaczenia fakt, iż rozstrzygnięcie protestu zostało doręczone Odwołującemu 22 grudnia 2008 r. Z tą argumentacją nie zgodził się Odwołujący i wskazał, że rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w terminie, a jedynie jego doręczenie nastąpiło po terminie i dlatego termin do wniesienia odwołania należy liczyć od terminu doręczenia rozstrzygnięcia, a nie od upływu terminu na rozstrzygnięcie. Sytuacja, na którą powołuje się Zamawiający, zdaniem Odwołującego, mogła mieć miejsce jedynie w przypadku, gdyby Zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia protestu w terminie, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca. Wskazał, że za przedstawioną przez niego argumentacją przemawia także pouczenie zawarte przez Zamawiającego w treści rozstrzygnięcia protestu.

Zamawiający podniósł, że rozstrzygnął protest nie przez doręczenie rozstrzygnięcia, ale przez brak rozstrzygnięcia w terminie, a jego pismo doręczone Odwołującemu w dniu 22 grudnia 2008r. należy traktować nie jak rozstrzygnięcie, ale jako stanowisko w sprawie.

Izba zważyła, co następuje :

Zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.08.171.1058) do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym cytowaną ustawą. Ustawa ta weszła w życie w dniu 24 października 2008r. W przedmiotowym postępowaniu protest został wniesiony w dniu 9 grudnia 2008r., a więc po wejściu w życie ustawy z dnia 4 września 2008r. Zatem do odwołania z dnia 2 stycznia 2009r. będą mieć zastosowanie przepisy art. 184 ust. 2 w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 września 2008r. Przepis ten stanowi, że odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, jeśli wartość zamówienia jest równa lub przekracza w postępowaniach na dostawę kwotę 133 000 euro. Pomiędzy stronami nie było sporne, iż wartość szacunkowa zamówienia przekracza równowartość kwoty 133 000 euro. Istotą sporu była kwestia, czy rozstrzygnięcie protestu nastąpiło przez doręczenie rozstrzygnięcia czy też przez bezskuteczny upływ terminu do rozstrzygnięcia protestu i w konsekwencji czy termin na wniesienie odwołania należy liczyć od daty upływu terminu na rozstrzygnięcie tj. od 19 grudnia 2008r., czy też od momentu doręczenia Odwołującemu pisma Zamawiającego z dnia 19 grudnia 2008r. zatytułowanego „Rozstrzygnięcie protestu” tj. od dnia 22 grudnia 2008r.

Ustalenie tej kwestii spornej ma w ocenie Izby istotne znaczenie dla systemu zamówień publicznych, nie tylko w kontekście prawa wykonawców do wnoszenia środków ochrony prawnej, ale także dla ustalenia terminu uznania protestu za ostatecznie rozstrzygnięty. Przede wszystkim należy wskazać, iż protest został wniesiony na czynność wezwania Odwołującego do zawarcia umowy oraz na czynność zatrzymania wadium przez Zamawiającego, a więc na zachowania Zamawiającego nie dotyczące treści ogłoszenia, postanowień siwz, wykluczenia wykonawcy z postępowania, odrzucenia jego oferty, wyboru oferty najkorzystniejszej. Z tego względu do ustalenia terminu w jakim powinno nastąpić rozstrzygnięcie protestu ma zastosowanie przepis art. 183 ust. 2 i 3 ustawy. Art. 183 ust. 2 ustawy nakłada na Zamawiającego obowiązek rozstrzygnięcia protestu w terminie 10 dni od dnia jego wniesienia. W przedmiotowej sprawie protest został wniesiony do Zamawiającego w dniu 9 grudnia 2008r. – okoliczność bezsporna, a więc Zamawiający miał obowiązek rozstrzygnięcia protestu do dnia 19 grudnia 2008r. Termin rozstrzygnięcia protestu jest terminem zawitym, co oznacza, że okres na rozstrzygnięcie protestu nie może być skracany ani przedłużany przez czynność prawną (np. wolę stron). Konsekwencją niezachowania

przez Zamawiającego terminu na rozstrzygnięcie określa art. 183 ust. 3 ustawy, który stanowi, że brak rozstrzygnięcia protestu w terminie uznaje się za jego oddalenie. Izba wskazuje zatem, że aby uznać, że Zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia w terminie, konieczne jest ustalenie w jakiej chwili ustawodawca uznał, że miało miejsce rozstrzygnięcie, czy dzieje się to z momentem ujawnienia treści rozstrzygnięcia Odwołującemu, czy też z chwilą podjęcia decyzji przez Zamawiającego. Odpowiedź na to pytanie została przez ustawodawcę zawarta w art. 184 ust. 2 ustawy, gdzie ustawodawca wyraźnie wskazał, że chwilą dokonania rozstrzygnięcia jest moment jego doręczenia Odwołującemu. Zatem w myśl ustawy, dla oceny terminowości dokonania czynności rozstrzygnięcia protestu, istotna jest chwila nie wewnętrznego przekonania Zamawiającego o słuszności danego rozstrzygnięcia (nawet uwidoczniła na piśmie znajdującym się w posiadaniu Zamawiającego), ale chwila ujawnienia tego przekonania drugiej stronie tj. Odwołującemu. Za takim stanowiskiem przemawiają także następujące okoliczności prawne :

1. zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy przy wnoszeniu protestu, chwilą wniesienia protestu jest nie data jego sporządzenia, ale data, w której protest dotarł do Zamawiającego w taki sposób, aby mógł się on zapoznać z jego treścią,
2. zgodnie z art. 61 § 1 zd. 1 kc stosowanym odpowiednio na mocy art. 14 ustawy oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią.

Z analizy powyższej wynika, że odmówienie pojęciu „doręczenie rozstrzygnięcia protestu” znaczenia prawnego powodowałoby nierówne traktowanie obu stron stosunku protestacyjnego, gdyż Zamawiający mógłby bronić się wywodząc, że dokonał rozstrzygnięcia w terminie, gdyż było ono w jego zamyśle np. uprawdopodobniając ten fakt początkiem dowodu na piśmie, a Odwołujący nie mógłby zastosować tej samej argumentacji przy wniesieniu protestu. Ponadto bez ustalenia właściwego momentu dokonania rozstrzygnięcia protestu nie możliwa byłaby ocena, czy rozpoczął się bieg terminu do wniesienia odwołania pomimo upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu, gdyż Odwołujący w takim przypadku nie wiedząc, czy zapadło rozstrzygnięcie protestu nie miałby pewności prawidłowego liczenia terminu do wniesienia odwołania, albo wnosząc je przedwcześnie bo rozstrzygnięcie zapadło w terminie, ale jego doręczenie nastąpiło po terminie, albo wnosząc je z uchybieniem terminów, gdyż bezskutecznie oczekiwał doręczenia rozstrzygnięcia. Z tych względów literalna wykładnia art. 184 ust. 2 ustawy jest także zgodna z zasadami logiki wnioskowania prawniczego i stąd Izba uznała, że pojęcie doręczenia rozstrzygnięcia protestu jako chwila otwarcia się biegu terminu do wniesienia odwołania musi być oceniana jako doręczenie w terminie do rozstrzygnięcia. Brak takiego doręczenia powoduje zastosowanie drugiego z

początków biegu terminu odwołania tj. upływu terminu rozstrzygnięcia. Mając to na uwadze Izba stwierdza, że w przedmiotowej sprawie do dnia 19 grudnia 2008r. tj. do upływu terminu na rozstrzygnięcie protestu, rozstrzygnięcie nie zostało przez Zamawiającego dokonane, gdyż nie doręczył go Odwołującemu, a więc Odwołujący stosując art. 184 ust. 2 ustawy powinien był liczyć termin na wniesienie odwołania od chwili bezskutecznego upływu terminu rozstrzygnięcia protestu tj. od dnia 19 grudnia 2008r. czyli termin na wniesienie odwołania w przedmiotowej sprawie rozpoczął swój bieg w dniu 20 grudnia 2008r., a zakończył w dniu 30 grudnia 2008r. Fakt doręczenia Odwołującemu rozstrzygnięcia w dniu 22 grudnia 2008r. nie może być potraktowany jako szczególny sposób przedłużania terminu na dokonanie rozstrzygnięcia i Odwołujący mógł jedynie pismo Zamawiającego zatytułowane „rozstrzygnięcie protestu” potraktować jako stanowisko Zamawiającego w sprawie.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że Odwołujący wnosząc odwołanie w dniu 2 stycznia 2009r. uchybił terminowi określonemu w art. 184 ust. 2 ustawy, a więc odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy, jak orzeczono w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, przy czym Izba stwierdziła, że Odwołujący uiszczył wpis w wysokości wyższej niż wymagana i postanowiła zwrócić Odwołującemu nadpłaconą kwotę 5 000zł.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....