

Sygn. akt: KIO/UZP 1374/09

POSTANOWIENIE
z dnia 5 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Izabela Kuciak

Emil Kuriata

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 5 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe „REMBUD” Sp. z o.o., ul. Jana III Sobieskiego 16, 34-300 Żywiec** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Powiat Żywiecki, ul. Krasińskiego 13, 34-300 Żywiec** protestu z dnia 31 sierpnia 2009 r.¹

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe „REMBUD” Sp. z o.o., ul. Jana III Sobieskiego 16, 34-300 Żywiec

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe „REMBUD” Sp. z o.o., ul. Jana III Sobieskiego 16, 34-300 Żywiec,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowo - Usługowego „REMBUD” Sp. z o.o., ul. Jana III Sobieskiego 16, 34-300 Żywiec.**

Uzasadnienie

Zamawiający, Powiat Żywiecki, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na remont elewacji zewnętrznych budynku Nowego Zamku w Żywcu - etap II zadania pn. „Od Komorowskich do Habsburgów – utworzenie historycznego parku tematycznego w Żywcu” realizowanego w ramach projektu kluczowego PN. „Rozwój Infrastruktury turystycznej Subregionu Południowego Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2013”.

Wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w BZP pod numerem 113901-2009 w dniu 17.07.2009 r.

W dniu 25.08.2009 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznano ofertę Spółdzielni Rzemieślniczej BUDMET z Krakowa.

W dniu 31.08.2009 r. Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe „REMBUD” Sp. z o.o. z Żywca wniosła protest wobec ww. czynności, domagając się unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej podnosząc, iż wybrany wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto w proteście wskazano błędy w wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę DeS Henryk Dowgier, Anna Dowgier Sp. j.

W dniu 08.09.2009 r. zamawiający ww. protest odrzucił, chociaż z uzasadnienia rozstrzygnięcia wynika raczej, iż protest został oddalony, pouczając protestującego, iż zgodnie z art. 184 Pzp odwołanie od niniejszego rozstrzygnięcia nie przysługuje.

W dniu 14.09.2009 r. „REMBUD” Sp. z o.o. wniosła do Prezesa UZP odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu nadając je w placówce Poczty Polskiej, wysyłając tego samego dnia, również pocztą, kopię odwołania do zamawiającego. Kopia odwołania wpłynęła do zamawiającego w dniu 15.09.2009 r., czyli po terminu na wniesienie odwołania, który upływał z dniem 14.09.2009 r

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie posiedzenia, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 i 8 ustawy.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 7 Pzp Izba z urzędu odrzuca odwołanie, jeżeli odwołujący nie przekazał kopii odwołania zamawiającemu, zgodnie z art. 184 ust. 2.

Art. 184 ust. 2 ustawy stanowi natomiast, iż odwołanie wnosi się do Prezesa UZP 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 kopię treści odwołania zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu.

W przedmiotowym postępowaniu z uwagi na wartość szacunkową zamówienia obowiązywał 5-dniowy termin na wniesienie odwołania. Zdanie drugie cytowanego wyżej przepisu oznacza, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego skutkuje dotrzymaniem terminu na jego wniesienie. Niemniej jednak powołany skutek wykonania czynności w terminie dotyczy jedynie – co wyraźnie wynika z treści zdania drugiego ww. przepisu – nadania odwołania do Prezesa UZP a nie przekazania kopii treści odwołania zamawiającemu.

Reasumując, jak przyjmuje się i wskazuje w orzecznictwie dotyczącym zastosowania ww. przepisów, wymóg jednoczesności przekazania kopii odwołania, o którym stanowi *in fine* zdanie pierwsze art. 184 ust. 2 Pzp, spełniony zostaje tylko w przypadku, gdy kopia odwołania zostanie przekazana zamawiającemu w taki sposób, aby w terminie na wniesienie odwołania mógł zapoznać się z jego treścią. Niewystarczające jest więc samo złożenie kopii odwołania na poczcie, z którym *nota bene* ustawa nie wiąże żadnych skutków prawnych i które powoduje, iż zamawiający może otrzymać kopię odwołania w bliżej nieokreślonym i odległym terminie.

Jak już wskazano w niniejszym uzasadnieniu, kopia odwołania dotarła do zamawiającego w dniu 15.09.2009 r. (o czym świadczą dowody przedstawione na posiedzeniu przez zamawiającego – dziennik podawczy i koperta z kopią odwołania wraz z datami wpływu) czyli już po upływie terminu na wniesienie odwołania – nie można więc uznać przekazania kopii odwołania za jednoczesne z jego wniesieniem.

Na poparcie stanowiska Izby w przedmiocie istnienia podstaw do odrzucenia odwołania w zaistniałym stanie faktycznym, można przytoczyć orzeczenia Sądu Okręgowego w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy dnia 4 czerwca 2009 r. (sygn. akt XIX Ga 195/09) oraz Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 117/07) i z dnia 27 kwietnia 2007 r. (sygn. Akt V Ca 467/07).

Ponadto zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a.

W art. 184 ust. 1a wskazano wyraźnie, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty.

Podkreślić należy, iż wskazane w pkt 3 i 4 ww. przepisu czynności dotyczą wykluczenia lub odrzucenia oferty protestującego, a nie zaniechania dokonania tych czynności względem innych uczestników postępowania.

Przedmiotowy protest dotyczył czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w związku z zaniechaniem wykluczenia wybranego wykonawcy. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 184 ust. 1a Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 184 ust. 1, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie rozstrzygnięcia takiego protestu.

Wobec pomieszczenia przez odwołującego instytucji oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej wobec wykonawcy składającego ofertę, a opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który zamawiający zamieszcza w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba wyjaśnia, iż przepis art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy odnosi się do postanowień ogłoszenia o zamówieniu bądź siwz. Natomiast powoływany przez odwołującego w piśmie procesowym wyrok Sądu Okręgowego w

Świdnicy z dnia 25.06.2009 r. (sygn. akt VI Ga 68/09) dotyczył zagadnienia rozdzielania pojęć „opis warunków udziału w postępowaniu” oraz „opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” i związanej z powyższym dopuszczalności drogi odwoławczej od rozstrzygnięć protestów dotyczących warunków udziału w postępowaniu. Tym samym powołanie przez odwołującego ww. wyroku w sprawie należy uznać za chybione i nieadekwatne do jej przedmiotu.

Na marginesie rozstrzygnięcia Izba wskazuje, iż w świetle dyspozycji art. 183 ust. 4 zamawiający prawidłowo pouczył protestującego o braku możliwości wniesienia odwołania, a odwołanie od nieprawidłowego pouczenia o wnoszeniu środków ochrony prawnej również nie mieści się w katalogu sformułowanym w art. 184 ust. 1a.

Ponadto Izba wskazuje, iż zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie działa jako organ administracji publicznej w rozumieniu przepisów Kpa, ale jako uczestnik obrotu gospodarczego i podmiot stosunków cywilnoprawnych.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 i art. 187 ust. 4 pkt 7 w zw. z art. 184 ust 2 oraz art. 187 ust. 4 pkt 8 w zw. z art. 184 ust. 1a ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp czyli stosownie do wyniku postępowania. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 zmianami) nie uwzględniono wniosku zamawiającego o przyznanie kosztów dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika w związku z brakiem przedłożenia stosownych rachunków do akt sprawy. W świetle powołanych przepisów niewystarczające jest przedłożenie jedynie spisu czy wyczenia kosztów oraz umowy w sprawie zastępstwa (tak samo w: Postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 09.07.2009 r. sygn. akt X Ga 214/09).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejsze ~~wyrok~~ postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bielsku-Białej**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....