

Sygn. akt: KIO/UZP 69/08

**POSTANOWIENIE
z dnia 13 lutego 2008r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

**Członkowie: Jolanta Markowska
Magdalena Grabarczyk**

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 13.02.2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jaza Sp. z o.o., Kraków, ul. Promienistych 5/10** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Warszawa, ul. Czerniakowska 16** protestu z dnia 13.12.2007r.

przy udziale **P.W. MULTIKOM, Adam Papierski, Bydgoszcz, ul. Fabryczna 15** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Jaza Sp. z o.o., Kraków. ul. Promienistych 5/10**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Jaza Sp. z o.o., Kraków. ul. Promienistych 5/10**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 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 15 936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jaza Sp. z o.o., Kraków. ul. Promienistych 5/10.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zakup kaset z tonerem do laserowych drukarek komputerowych Lexmark Optra E 310, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE nr 2007/S 193 -234792), w dniu 13.12.2007 r. został wniesiony protest przez Adama Papierskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Komputerowe Materiały Eksploatacyjne z Bydgoszczy.

Wniesienie protestu było następstwem powiadomienia pismem z dnia 6.12.2007 r. o wyborze oferty JAZA Sp. z o.o. z Krakowa.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655) przez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania i dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu.

W proteście podniesiono, że JAZA Spółka z o.o. nie złożyła prawidłowej deklaracji zgodności, wystawionej przez producenta oferowanych kaset z tonerem oraz karty charakterystyki preparatu niebezpiecznego na oferowany przedmiot zamówienia.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 14.12.2007 r., pismem z dnia 17.12.2007 r., z kopią przekazaną w dniu 18.12.2007 r., przesyłką poleconą doręczoną w dn. 20.12.2007 r. wnoszącemu protest, do postępowania wywołanego wniesieniem protestu przystąpiła JAZA Sp z o.o., wywodząc, że zarzuty przeciwko jej ofercie są chybione.

Pismem z dnia 24.12.2007 r. Zamawiający rozstrzygnął protest w ten sposób, iż unieważnił czynność wyboru oferty JAZA Sp. z o.o. stwierdził, że wykonawca ten kwalifikuje się do wykluczenia oraz postanowił dokonać ponownej oceny i wyboru ofert. Uznał za zasadny zarzut odnoszący się do dokumentu karty charakterystyki preparatu niebezpiecznego na oferowany przedmiot zamówienia. W pozostałym zakresie zarzuty protestu zostały oddalone. Zamawiający oświadczył, że rozstrzygnięcie protestu przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu faksem oraz listami poleconymi.

W dniu 15.01.2008 r. zostało wniesione odwołanie przez JAZA Sp. z o.o., którego kopia w tym samym dniu przesyłką pocztową została nadana do Zamawiającego i doręczona dnia 21.01.2008 r.

Odwołujący przesał kopię odwołania do Zamawiającego również faksem w dniu 18.01.2008 r.

Odwołujący przyznał, że otrzymał rozstrzygnięcie protestu z dnia 24.12.2007 r. drogą pocztową, ale w dn. 15.01.2008r. Stwierdził, że pozostawał w uzasadnionym przekonaniu, iż protest został oddalony poprzez brak rozpatrzenia, a o częściowym uwzględnieniu protestu wykonawcy Adama Papierskiego – Przedsiębiorstwa Wielobranżowego MULTIKOM dowiedział się z pisma Zamawiającego z dnia 10.01.2008 r. unieważniającego wybór oferty, wykluczającego JAZA Sp. z o.o. z postępowania oraz odrzucającego ofertę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 183 ust. 1 i 4 Pzp przez nieterminowe rozstrzygnięcie protestu oraz brak pouczenia o środkach odwoławczych, art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez ich nieuprawnione zastosowanie do oferty Odwołującego, która nie podlegała odrzuceniu oraz art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie zastosowania, skoro Zamawiający uznał, że dokumentacja oferty posiada braki.

Odwołujący zażądał nakazania: unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, dokonania ponownej oceny ofert i wyboru złożonej oferty jako najkorzystniejszej. Alternatywnie wniósł o unieważnienie postępowania, a ponadto o zasądzenie kosztów postępowania.

W dniu 5.02.2008 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Adam Papierski Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM.

Krajowa Izba Odwoławcza w oparciu o dokumentację akt sprawy oraz wyjaśnienia pełnomocników i stron złożone do protokołu posiedzenia ustaliła, co następuje.

W rozdziale I punkt IV siwz Zamawiający przewidział przekazywanie faksem oświadczeń, protestów, rozstrzygnięcia protestów, wniosków i zawiadomień. Postanowił, że jeżeli wykonawca prześle oświadczenie faksem i pisemnie, za datę ich złożenia uważa się datę wpływu pierwszego dokumentu. Dokument uważa się za złożony w terminie, jeżeli jego treść dotarła do adresata przed upływem wyznaczonego terminu. Wykonawca zobowiązany został do niezwłocznego potwierdzenia faktu otrzymania oświadczenia przez podpisanie pierwszej strony dokumentu i jej odesłanie Zamawiającemu.

Zamawiający w terminie ustawowym określonym w art. 183 ust. 1 Pzp to jest dnia 24.12.2007 r. rozstrzygnął protest. Pismo powiadamiające zawiera pouczenie o prawie i terminie wniesienia odwołania.

W aktach sprawy znajdują się dokumenty kilkakrotnego potwierdzenia transmisji faksu z dnia 24.12.2007 r. pomiędzy godziną 12⁰⁰ a 13³⁰, na wskazany w ofercie numer 0124312734, jednakże bez potwierdzenia odbioru przez Odwołującego i zawierające adnotację „wykryto błąd sprawdź odbiorcę.” Ustalone okoliczności sprawy świadczą, iż doręczenie rozstrzygnięcia protestu faksem nie było skuteczne (vide postanowienie SN z 29.01.2003 r., sygn. akt ICZ 192/02, OSNC 2004/4/64).

W pełni wiarygodny dokument przesłania Odwołującemu rozstrzygnięcia protestu stanowi dowód nadania przesyłki poleconej z dnia 24.12.2007 r. Z przedłożonego zwrotnego poświadczenia odbioru wynika, że dana przesyłka pocztowa została doręczona Odwołującemu w dniu 15.01.2008r.

Zamawiający o sposobie rozstrzygnięcia protestu zawiadomił zarówno wnoszącego protest jak i Odwołującego. Protest uważa się za ostatecznie rozstrzygnięty, stosownie do uregulowań art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp, z upływem terminu do wniesienia odwołania.

W związku z częściowym uwzględnieniem protestu Zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

W tym przypadku po bezskutecznym upływie terminu na wniesienie odwołania, w zakresie uwzględnionych zarzutów przeciwko ofercie JAZA Sp. z o.o. brak zaskarżenia odwołaniem uwzględnionych zarzutów protestu, w terminie ustawowo określonym dla tej czynności przesądzał o konieczności odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający nie mógł przewidzieć, iż termin doręczenia rozstrzygnięcia protestu przesyłką poleconą ulegnie tak znacznemu wydłużeniu.

Pismo Zamawiającego z dnia 10.01.2008 r. było konsekwencją wypełnienia obowiązków nakazanych przepisem art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp i nie powinno zawierać pouczenia o prawie wniesienia odwołania, gdyż od takiej czynności środek ochrony prawnej nie przysługuje, a odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp.

Za przyjęciem tej interpretacji przemawia również zasada szybkości i efektywności procedur odwoławczych ustanowiona w art. 1 dyrektywy Rady WE z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie

koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawę i roboty budowlane 89/665/EWG oraz dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, co wprost wynika z punktu 34 preambuły i art. 1 aktu zmieniającego.

Gdyby nawet przyjąć, za orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości sygn. akt C 327/00 w sprawie Santex SpA, że uchybienie terminowi wniesienia odwołania, wywołane działaniami Zamawiającego, nie może niweczyć efektywności środków odwoławczych, to i tak na przeszkodzie merytorycznemu rozpoznaniu sprawy stoi fakt niedotrzymania przez Odwołującego, z przyczyn wyłącznie leżących po jego stronie, warunków formalnych związanych ze skutecznym korzystaniem ze środków ochrony prawnej.

W przypadku liczenia terminu na wniesienie odwołania od daty 10.01.2008 r., to jest od powiadomienia o odrzuceniu oferty, jako terminu powzięcia wiadomości o rozstrzygnięciu protestu, formalności związane z przekazaniem kopii odwołania Zamawiającemu nie zostały dochowane. Odwołujący w dniu 15.01.2008 r. złożył odwołanie do Prezesa UZP drogą pocztową. Kopię odwołania Zamawiający otrzymał przesyłką pocztową po upływie terminu to jest w dniu 21.01.2008 r.

Odwołujący przesłał również kopię odwołania faksem w dniu 18.01.2008 r., jednakże nastąpiło to z uchybieniem terminu określonego w art. 184 ust. 2 Pzp, a ponadto zostały przesłane tylko 4 strony, a odwołanie zawiera 8 stron, nie wliczając załączników. Z tych przyczyn odwołanie, bez względu na sposób liczenia terminu początkowego i tak podlega odrzuceniu stosownie do art. 187 ust. 4 pkt 7 Pzp.

W tej mierze istnieje ugruntowane orzecznictwo sądowe, gdzie można wskazać na wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt V Ca 117/07 z dnia 30.01.2007 r. oraz sygn. akt V Ca 1889/07 z dnia 5.11.2007 r., potwierdzające zależność skuteczności wniesienia odwołania od zachowania terminu doręczenia jego kopii Zamawiającemu. W ocenie Sądu Okręgowego należy przede wszystkim zwrócić uwagę na to, że celem takiego unormowania jest zapewnienie sprawności przebiegu postępowania o zamówienie publiczne ale i jego jasności i pewności dla wszystkich jego uczestników, co wiąże się też z umożliwieniem zamawiającemu powzięcia wiadomości o zakończeniu bądź nie postępowania protestacyjnego w takim czasie, aby możliwe było skuteczne zawarcie umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Po upływie terminu, o którym mowa w art. 184 pzp, w braku wiedzy o wniesionym odwołaniu, zamawiający może pozostawać w usprawiedliwionym przekonaniu, że postępowanie wywołane protestem zostało zakończone i nie ma przeszkód do zawarcia umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący nie dotrzymał również warunku jednoczesnego przekazania kopii przystąpienia do postępowania wywołanego wniesieniem protestu składającemu protest, do czego obliguje art. 181 ust. 5 Pzp. W doktrynie przeważa pogląd, iż w takim przypadku przystąpienie nie jest skuteczne i nie daje możliwości samodzielnego wniesienia odwołania (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych G. Wicik, W. Wiśniewski wyd. CH Beck 2006 r. str 772)

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie postanowieniem, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*