

Sygn. akt: KIO/UZP 638/08

POSTANOWIENIE
z dnia 09 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 09 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Usługowo-Produkcyjny „EnergiaPro-Pomiary” Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, Równa 13** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **ENEA Operator Sp. z o.o., 60-479 Poznań, ul. Strzeszyńska 58** protestu z dnia 13 czerwca 2008 r.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Zakład Usługowo-Produkcyjny „EnergiaPro-Pomiary” Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, Równa 13 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: Cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Usługowo-Produkcyjny „EnergiaPro-Pomiary” Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, Równa 13**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 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 15936 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakładu Usługowo-Produkcyjnego „EnergiaPro-Pomiary” Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, Równa 13.**

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

Złożone odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zdalny odczyt układów pomiarowo-rozliczeniowych w ENEA Operator Sp. z o.o.”, które zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE nr 39187-2008, dnia 12.02.2008 r.

Skład orzekający Izby, badając na posiedzeniu, czy nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, ustalił, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 w związku z art. 180 ust. 2 i art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z w2007 r. Nr 223, poz. 1655).

W dniu 06.06.2008 r. Zamawiający zawiadomił, za pomocą faksu, wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyniku postępowania. Informację tę Zamawiający potwierdził niezwłocznie na piśmie.

Wykonawca - Zakład Usługowo-Produkcyjny „EnergiaPro-Pomiary” Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, zwany dalej „Odwołującym” otrzymał przedmiotową informację w tej samej dacie i formie (faksowej), potwierdzonej na piśmie. Ustalenie w tym zakresie, strony postępowania odwoławczego zgodnie potwierdziły na posiedzeniu Izby.

W dniu 13.06.2008 r. do Zamawiającego wpłynął, faksem, protest Odwołującego na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz na zaniechanie Zamawiającego w zakresie obowiązku niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu wglądu do ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie. Protest ten, złożony w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 13.06.2008 r., wpłynął na piśmie do Zamawiającego w dniu 16.06.2008 r. (kwestia niesporna).

Rozstrzygnięciem datowanym na dzień 18.06.2008 r. Zamawiający odrzucił protest, uznając, że środek ochrony prawnej został wniesiony po terminie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia zastrzegł, iż Zamawiający w Rozdziale I pkt 1.12 SIWZ wskazał, iż „protest musi być złożony w formie pisemnej”. Dlatego, Zamawiający uznał, iż protest wniesiony w innej, niż pisemna, formie jest prawnie bezskuteczny.

Z tych względów, z uwagi na nie doręczenie Zamawiającemu w ustawowym terminie protestu na piśmie (data wpływu do siedziby Zamawiającego w dniu 16.06.2008 r.), Zamawiający odrzucił protest.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W świetle art. 187 ust. 4 pkt 4 wniesienie protestu lub odwołania z uchybieniem terminów określonych w ustawie skutkuje obowiązkiem odrzucenia przez Izbę odwołania.

W celu rozstrzygnięcia sprawy skład orzekający Izby, w pierwszej kolejności, odniósł się do stanowiska Zamawiającego o niedopuszczalności wniesienia w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie protestu w innej formie, niż pisemna. Skład orzekający zważył na powołane przez Zamawiającego na posiedzeniu Izby zapisy zawarte w rozdziale I SIWZ, o treści:

„1.12. Zamawiający i Wykonawcy przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje w formie pisemnej. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazane za pomocą faksu uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu i została niezwłocznie potwierdzona pisemnie. Protest musi być złożony w formie pisemnej”, oraz

„21.3. Wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania oraz w przypadku zaniechania przez Zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy, można wnieść pisemny protest do Zamawiającego”.

Skład orzekający uznał za niedopuszczalne zapisy SIWZ wyłączające możliwość wniesienia protestu w innej formie, niż pisemna. Podziela w tym zakresie w pełni stanowisko zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 113/08 i 124/08, iż: „wprowadzenie w SIWZ ograniczenia w zakresie formy, w której protest może zostać złożony Zamawiającemu narusza zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie i prowadzi do dyskryminacji wykonawców, których siedziby są oddalone od siedziby Zamawiającego, co znacznie skraca im czas na złożenie protestu. Powyższe jest tym bardziej niezrozumiałe, że Zamawiający dopuścił w zakresie pozostałych czynności w postępowaniu możliwość korzystania z formy faksowej”.

Uznając zatem dopuszczalność wniesienia protestu w formie faksowej skład orzekający ustalił, że Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu (czterokrotnie), a

następnie w SIWZ adres do korespondencji, składania ofert i kontaktu z Zamawiającym, wskazując w Rozdziale I pkt 1.2. nr faksu: „+48 61 850 44 27”, na który, w ocenie składu orzekającego Izby, wykonawcy winni przekazywać korespondencję, jak również protest.

Ustalono, że Odwołujący przesłał protest na nr faksu: „+48 61 850 44 47”, a więc na inny, niż dozwolony przez Zamawiającego. Do Departamentu Usług Operatorskich i Taryf, który był uprawniony do kontaktów w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie (rozdział I.1.2) niniejszy faks dotarł dopiero w dniu 17 czerwca 2008 r. – w drodze normalnego obiegu dokumentów u Zamawiającego, tj. po upływie terminu na wniesienie protestu.

Odwołujący nie wykazał, iż podejmował jakiegokolwiek próby skierowania protestu na numer faksu wskazany w ogłoszeniu i SIWZ, nie wykazał też, że niniejszy numer był nieczynny, a to na nim spoczywa ciężar udowodnienia tego faktu, w myśl art. 6 k.c. Wysyłając faks na numer inny od wskazanego Odwołujący nie dochował należytej staranności ryzykując, iż Zamawiający nie będzie miał możliwości zapoznania się z jego treścią, jak stało się w niniejszym stanie faktycznym. Ponadto Izba stwierdza, iż w przypadku składania protestu wykonawca musi zachować wyższy stopień staranności w dochowaniu terminu na jego wniesienie.

Skład orzekający Izby nie podzielił podniesionego przez Odwołującego argumentu, iż przesłanie protestu na nr faksu, z którego Zamawiający wysyłał korespondencję, było dozwolone.

Należy zważyć, iż z uwagi na strukturę organizacyjną, wielkość zatrudnienia i inne aspekty związane z funkcjonowaniem, Zamawiający był uprawniony wskazać konkretny nr faksu i jego przeznaczenie.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Zamawiającego, iż odwołanie należało odrzucić z powodu niespełnienia wymogu załączenia do odwołania dowodu wysłania kopii odwołania Zamawiającemu. Nie wypełnienie przez Odwołującego wymogu zawartego w § 1 ust. 2 pkt 5 (a nie § 2 ust. 10, jak błędnie wskazał Odwołujący) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) nie skutkuje odrzuceniem odwołania. Dowód przekazania kopii odwołania nie stanowi treści odwołania. Zaniechanie w zakresie niespełnienia wymogu załączenia do odwołania wskazanego dokumentu nie stanowi przesłanki odrzucenia odwołania, które zostały enumeratywnie wyliczone w art. 187 ust. 4 Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*