

Sygn. akt: KIO/UZP 872/08

POSTANOWIENIE
z dnia 4 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Marek Koleśnikow
Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 4 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A., Sopotkie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo HESTIA S.A., Al. Jana Pawła II 24, 00-133 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **ENERGA-OPERATOR S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk** protestu z dnia 31 lipca 2008 r.

~~przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie zamawiającego~~

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A., Sopotkie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo HESTIA S.A., Al. Jana Pawła II 24, 00-133 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Powszechny Zakład**

Ubezpieczeń S.A., Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A., Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo HESTIA S.A., Al. Jana Pawła II 24, 00-133 Warszawa,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 500 zł 00 gr (słownie: pięćset złotych) przez **Konsorcjum: Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A., Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo HESTIA S.A., Al. Jana Pawła II 24, 00-133 Warszawa** na rzecz **ENERGA-OPERATOR S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 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 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A., Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo HESTIA S.A., Al. Jana Pawła II 24, 00-133 Warszawa.**

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

Zamawiający – ENERGA-OPERATOR S.A. prowadzi, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „ubezpieczenie majątku, odpowiedzialności cywilnej oraz floty pojazdów ENERGA-OPERATOR S.A.". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 29 marca 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 62-084210.

Dnia 31 lipca 2008 r. Odwołujący się wniósł protest na czynność i zaniechanie czynności przez Zamawiającego (w ramach części I). Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie, o którym mowa w art. 183 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp, wobec powyższego protest na podstawie art. 183 ust. 3 ustawy Pzp uznaje się za oddalony. Dnia 14 sierpnia 2008 r. Odwołujący się wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień

Publicznych i jednocześnie nadał jego kopię do Zamawiającego w placówce pocztowej operatora publicznego.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na posiedzeniu, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Wykonawca wnosząc odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jest zobowiązany do jednoczesnego przekazania jego kopii Zamawiającemu, na mocy przepisu art. 184 ust. 2 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że warunek jednoczesnego przekazania kopii odwołania Zamawiającemu nie jest dotrzymany w sytuacji, jak ma to miejsce w badanym stanie faktycznym, gdy wykonawca złoży kopię odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jednocześnie z wniesieniem odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Słowo *przekazać* oznacza podać coś do czyjejś wiadomości, powtórzyć czyjeś polecenie, słowa itp. (Nowy słownik języka polskiego, Warszawa 2002). Przekazanie wiadomości lub dokumentu zakłada więc dotarcie do adresata. Także cel przepisu zostanie spełniony jedynie w sytuacji, gdy zamawiający najpóźniej z upływem terminu przewidzianego na wniesienie odwołania uzyska wiedzę na temat skorzystania przez wykonawcę z tego środka prawnego. Zamawiający nie może pozostawać w stanie niepewności co do tego, czy protest został ostatecznie rozstrzygnięty. Jest to również bardzo istotne z punktu widzenia wykonawcy, gdyż tylko wtedy może mieć pewność, że skutecznie powstrzymał zamawiającego przed podpisaniem umowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, kopia odwołania winna dotrzeć do zamawiającego w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania. Warunek ten można uznać za zachowany, gdy kopia zostanie przesłana faksem. W badanym stanie faktycznym, Odwołujący się uchybił temu obowiązkowi, gdyż nie przekazał Zamawiającemu kopii odwołania najpóźniej w dniu upływu terminu na jego wniesienie. Termin ten upływał 16 sierpnia 2008 r., a kopia odwołania została nadana w placówce pocztowej operatora publicznego dnia 14 sierpnia 2008 r. i nie dotarła do Zamawiającego do dnia upływu terminu na wniesienie odwołania. Odwołujący się, jak oświadczył na posiedzeniu, nie przekazał kopii odwołania za pośrednictwem faksu, mimo iż taką możliwość dopuścił Zamawiający, stanowiąc w rozdziale VII, pkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), iż „w postępowaniu o udzielenie Zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazują pisemnie, za pomocą faksu z zastrzeżeniem ust. 2”, który wyłącza możliwość wniesienia protestu via faks.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2002 r. (sygn. akt III PZP 17/02, OSNP 2003, Nr 20, poz. 481) oświadczenie

woli wysłane i odebrane za pomocą telefaksu należy uważać za złożone z chwilą, w której adresat mógł się zapoznać z jego treścią, a chwilą tą jest chwila odbioru faksu przez aparat adresata. Zamawiający kopii odwołania nie odebrał do dnia 16 sierpnia 2008 r. za pośrednictwem faksu, ani nie otrzymał jej w formie pisemnej. Tymczasem tylko te dwie formy komunikowania się zastrzegł w rozdziale VII SIWZ, czego Odwołujący się nie kwestionował, chociażby na drodze środków ochrony prawnej, a więc formy te zaakceptował. Takie zastrzeżenie przez Zamawiającego, w ocenie Izby, jest prawidłowe. Przepis art. 27 ust. 1 ustawy Pzp umożliwia Zamawiającemu wybór formy porozumiewania się z wykonawcami. Wobec tego należy uznać, że wskazana w SIWZ forma komunikowania się z wykonawcami jest formą wiążącą strony i przy zachowaniu określonych przez Zamawiającego form można uznać, że dokument został skutecznie przekazany. Skoro Odwołujący się nie skorzystał z możliwości przekazania kopii odwołania za pośrednictwem faksu, zobowiązany był ją dostarczyć Zamawiającemu w formie pisemnej, jednakże zgodnie z dyspozycją art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, do upływu terminu na wniesienie odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, tj. do dnia 16 sierpnia 2008 r. Nadanie w tym terminie jedynie przesyłki pocztowej, bez zagwarantowania jej dotarcia do Zamawiającego jest niezgodne z dyspozycją art. 184 ust. 2 ustawy Pzp. Przy czym bez znaczenia dla oceny sprawy jest fakt, że dzień 14 sierpnia 2008 r. był u Zamawiającego dniem wolnym od pracy ze względu na ustanowiony „Dzień Energetyka”. Fakt, iż w tym dniu Odwołujący się próbował doręczyć Zamawiającemu w jego siedzibie kopię odwołania (bezsukcesownie) i uczynił to w następnym dniu roboczym, tj. 18 sierpnia 2008 r. nie świadczy o dochowaniu należytej staranności, do której jest zobowiązany Odwołujący się, jako podmiot profesjonalny, działający w obrocie gospodarczym i na którym ciąży obowiązek skutecznego przekazania kopii odwołania, tak aby zapobiec ewentualnemu podpisaniu umowy przez Zamawiającego. Należy bowiem zauważyć, że nie budzi wątpliwości fakt, iż przekazanie kopii odwołania za pomocą faksu było możliwe, jednakże Odwołujący się nie skorzystał z tej możliwości.

Stanowisko powyższe potwierdza również orzecznictwo. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 117/07) uznał, iż pierwszorzędną i priorytetową sprawą przy przekazaniu kopii odwołania zamawiającemu jest cel, jakiemu służyć ma ta czynność. Celem tym będzie jak najszybsze powzięcie przez zamawiającego wiadomości o zakończeniu bądź nie, postępowania wywołanego protestem, a tym samym możliwość skutecznego zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. W ocenie Sądu o zachowaniu terminu na przekazanie kopii odwołania zamawiającemu i wywiązaniu się z obowiązku jednoczesności możemy mówić wtedy, gdy kopia odwołania dotrze do zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie. Sąd również wyraźnie stwierdził, że forma przekazania pisma poprzez nadanie w urzędzie pocztowym jest zastrzeżona wyłącznie dla czynności złożenia odwołania, natomiast dla powiadomienia

zamawiającego o tej czynności poprzez przekazanie kopii odwołania forma ta nie została wprost przewidziana w przepisach ustawy, a zatem nie może być domniemywana.

Nie przekazanie kopii odwołania zamawiającemu, zgodnie z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp skutkuje odrzuceniem odwołania. Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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), uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 500,00 zł.

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) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*