

Sygn. akt: KIO/UZP 382/09

POSTANOWIENIE

z dnia 7 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Anna Majstrowicz

Jolanta Markowska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 7 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych TECHNUS Sp. z o.o., Poznań, ul. Bukowska 237** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Tarnowo Podgórne, Tarnowo Podgórne, ul. Poznańska 115** protestu z dnia 4 marca 2009 r.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Usług Technicznych TECHNUS Sp. z o.o., Poznań, ul. Bukowska 237 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 **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych TECHNUS Sp. z o.o., Poznań, ul. Bukowska 237,**

2) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Usług Technicznych TECHNUS Sp. z o.o., Poznań, ul. Bukowska 237.**

Uzasadnienie

Zamawiający tj. Gmina Tarnowo Podgórne prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego w Rumianku. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 grudnia 2008 r. pod numerem 267384-2008.

W dniu 2 marca 2009 r. (pismem z dnia 26 lutego 2009 r.) Zamawiający poinformował Wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Z.P.U.H. Sekuterscy s.j. oraz o wykluczeniu z postępowania Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych TECHNUS Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp z powodu nie wykazania, mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów, spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia.

Wobec czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu Przedsiębiorstwa Usług Technicznych TECHNUS Sp. z o.o. z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty Wykonawca ten wniósł w dniu 6 marca 2009 r. (pismem z dnia 4 marca 2009 r.) protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie interesu prawnego Wykonawcy przez naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Przedsiębiorstwo Usług Technicznych TECHNUS Sp. z o.o. zwane dalej Odwołującym postawiło Zamawiającemu zarzut zaniechania wezwania ww. Wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadanie przez Odwołującego stosownego doświadczenia. Odwołujący wskazał ponadto, iż Zamawiający oświadczył nieprawdę stwierdzając w druku ZP -18., iż Przedsiębiorstwo Usług Technicznych TECHNUS Sp. z o.o., mimo wezwania, nie uzupełniło wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku. Odwołujący zaprzeczył, aby Zamawiający kierował pod jego adresem takie wezwanie.

Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 17 marca 2009 r. przez jego oddalenie w całości. Stwierdził, iż Odwołujący składając protest nie wykazał naruszenia interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, a co więcej, wniósł o unieważnienie postępowania – nie dąży zatem do uzyskania zamówienia. Zamawiający oświadczył, iż dokonał wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przekazując wezwanie listem priorytetowym w dniu 18 lutego 2009 r., wielokrotnie próbując skontaktować się z Odwołującym telefonicznie i za pomocą faksu.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 21 marca 2009 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (przez nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego) i w dniu 24 marca 2009 r. do Zamawiającego odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie interesu prawnego Odwołującego przez nie dokonanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadane doświadczenie, tj. naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp,
2. naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności rozstrzygnięcia protestu,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. nakazanie Zamawiającemu zwrotu Odwołującemu kosztów postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, w związku ze złożonym przez Zamawiającego wnioskiem o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy Pzp, dokonała następujących ustaleń i zważyła, co następuje:

Na posiedzeniu Zamawiający oświadczył, iż rozstrzygnięcie protestu przekazał Odwołującemu faksem w dniu 17 marca 2009 r. oraz listem poleconym, który Odwołujący otrzymał, jak sam oświadczył, w dniu 19 marca 2009 r. Odwołujący potwierdził, iż numer, na który Zamawiający nadał faks, tj. numer 0618682470, to numer faksu Odwołującego i nie zaprzeczył, iż ww. faks w istocie wpłynął.

Z uwagi na ww. oświadczenia stron oraz okazany przez Zamawiającego dowód transmisji faksu potwierdzający przesłanie jednej strony z wynikiem pozytywnym Izba uznała przekazanie rozstrzygnięcia protestu w dniu 17 marca 2009 r. za skuteczne. Izba wzięła pod uwagę przewidzianą w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia formę porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami, gdzie dopuszczono porozumiewanie się drogą faksową lub elektroniczną z zastrzeżeniem, że przekazanie dokumentu w taki sposób powinno zostać potwierdzone w formie pisemnej (pkt 9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia). Zamawiający dochował przewidzianej formy – przesłał rozstrzygnięcie protestu faksem, a następnie wysłał je również listem poleconym.

Wobec powyższego, od dnia 17 marca 2009 r. należy liczyć pięciodniowy termin na

wniesienie odwołania, wskazany w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, który upłynął w dniu 23 marca 2009 r. (z uwagi na to, że 22 marca 2009 r. przypadał w niedzielę). Odwołanie od rozstrzygnięcia protestu zostało nadane w placówce pocztowej do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i do Zamawiającego w dniu 21 marca 2009 r. Odwołanie wpłynęło do Zamawiającego w dniu 24 marca 2009 r. (okoliczność bezsporna).

Termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym, zatem jego niedochowanie wiąże się z konsekwencjami w postaci odrzucenia odwołania. Izba stoi na stanowisku, że termin ten nie został dotrzymany w niniejszym stanie faktycznym. Należy zwrócić uwagę na znaczenie słowa „przekazać”, które zgodnie ze znaczeniem podanym w Nowym słowniku języka polskiego (Warszawa 2002 r.), oznacza „podać coś do czyjejś wiadomości, powtórzyć czyjeś polecenie, słowa”. Przekazanie zakłada zatem dotarcie oświadczenia, wiadomości do adresata. Celem ww. regulacji jest niewątpliwie zapewnienie zamawiającemu możliwości uzyskania wiedzy o skorzystaniu przez wykonawców ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, a tym samym wiedzy o tym czy protest został ostatecznie rozstrzygnięty. Art. 184 ust. 2 ustawy Pzp nie zawiera co prawda dyspozycji, jaką zawiera w swej treści art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, tj. wypowiedzianego wprost wymogu, aby w terminie na wniesienie odwołania Zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią. Jednakże na taki sam skutek we wniesieniu odwołania wskazuje zdanie drugie ust. 2 art. 184, które stanowi, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Analogicznego skutku ustawa Pzp nie przewiduje dla nadania odwołania w placówce pocztowej do zamawiającego. Powyższe stanowisko podzielił m.in. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 117/07) uznając, iż priorytetową sprawą przy przekazaniu kopii odwołania zamawiającemu jest cel, jakiego ma służyć ta czynność. Celem tym jest jak najszybsze powzięcie przez zamawiającego wiadomości o zakończeniu bądź nie postępowania wywołanego protestem. W ocenie Sądu, o zachowaniu terminu na przekazanie kopii odwołania zamawiającemu i wywiązaniu się z obowiązku jednoczesności można mówić wtedy, gdy kopia odwołania dotrze do zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie. Odnosząc się do formy przekazania pisma przez jego nadanie w urzędzie pocztowym Sąd stwierdził, iż jest ona zastrzeżona wyłącznie dla czynności wniesienia odwołania, natomiast forma ta nie została przewidziana w przepisach ustawy dla powiadomienia zamawiającego o tej czynności przez przekazanie kopii odwołania, a zatem nie może być domniemywana.

Biorąc pod uwagę, iż przekroczony został termin wskazany w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy Pzp

orzeczono jak w pkt 1 postanowienia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....