

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 24 czerwca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Izabela Niedziałek - Bujak**

**Członkowie:** **Aneta Mlącka**

**Anna Packo**

**Protokolant:** **Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 24 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania skierowanego w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **18 czerwca 2010 roku** do łącznego rozpoznania, wniesionego przez, wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia **Eltrans Sp. z o.o., 41-506 Chorzów, ul. Inwalidzka 11, Spyra Primo Poland Sp. z o.o., 43-190 Mikołów-Paniowy, ul. Darwina 8** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** protestu z dnia **20 maja 2010 r.**

przy udziale **„PLASTON-P” Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Zygmunta Starego 6** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Eltrans Sp. z o.o., 41-506 Chorzów, ul. Inwalidzka 11, Spyra Primo Poland Sp. z o.o., 43-190 Mikołów-Paniowy, ul. Darwina 8 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2 222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Eltrans Sp. z o.o., 41-506**

**Chorzów, ul. Inwalidzka 11, Spyra Primo Poland Sp. z o.o., 43-190  
Mikołów-Paniowy, ul. Darwina 8,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 1 964 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc dziewięćset sześćdziesiąt cztery złotych zero groszy) przez **Eltrans Sp. z o.o., 41-506 Chorzów, ul. Inwalidzka 11, Spyra Primo Poland Sp. z o.o., 43-190 Mikołów-Paniowy, ul. Darwina 8** na rzecz **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów opłaty skarbowej oraz dojazdu na posiedzenie,
- ~~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 12 778 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Eltrans Sp. z o.o., 41-506 Chorzów, ul. Inwalidzka 11, Spyra Primo Poland Sp. z o.o., 43-190 Mikołów-Paniowy, ul. Darwina 8**

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. w Jastrzębiu Zdrój w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę dla kopalń JSW S.A. rur z laminatów poliestrowo szklanych lub równoważnych w łącznej ilości 26 374 mb z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy – nr 25/P/SRC/10*, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.12.2009 r. S 248-356764, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 złożonej przez „PLASTON-P” Sp. z o.o., podlegającej odrzuceniu, a także odrzucenia oferty konsorcjum Eltrans Sp. z o.o. i Spyra Priom Poland Sp. z o.o. w zadaniach nr 1, 2 i 4 oraz unieważnienia postępowania w zadaniach 2 oraz 4, wykonawca – konsorcjum Eltrans Sp. z o.o. i Spyra Priom Poland Sp. z o.o. wniósł protest (20.05.2010 r.), a następnie odwołanie (12.06.2010 r.). Zamawiający w części oddalił protest informując o tym odwołującego w dniu 2 czerwca 2010r.

Odwołujący podtrzymał w odwołaniu zarzuty nie uwzględnione przez zamawiającego naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty w zadaniu nr 1 podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, naruszenia

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy na skutek odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadania nr 1, a także naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy poprzez unieważnienie postępowania w zakresie zadań nr 2 oraz 4, pomimo iż złożono ofertę nie podlegającą odrzuceniu oraz naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez zastosowanie przy ocenie warunku, iż oferowane rury powinny być w całości wykonane z tworzyw sztucznych i odrzucenie na tej podstawie oferty odwołującego w zakresie zadań nr 1, 2 i 4 i jednocześnie nie zastosowanie tego warunku przy ocenie oferty „PLASTON-P” Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 1.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty w zadaniu nr 1, powtórzenie czynności oceny oferty „PLASTON-P” Sp. z o.o. w tym zadaniu i jej odrzucenie, a także o nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zadaniach 1, 2 i 4 i unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zadaniach nr 2 i 4 oraz nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach 2 i 4.

Na posiedzeniu prowadzonym z udziałem stron, skład orzekający Izby stwierdził, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy zachodzi okoliczności prowadząca do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwaną dalej ustawą pzp.

Art. 184 ust. 2 ustawy pzp stanowi, że odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu 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 jego kopię zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu. Uchybienie obowiązkowi przekazania kopii odwołania zamawiającemu, zgodnie z przytoczonym artykułem, skutkuje odrzuceniem odwołania na posiedzeniu niejawnym (art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy pzp.). Jak wynika z zapisu ustawy, złożenie odwołania w placówce pocztowej, zostało zastrzeżone dla uznania skuteczności wniesienia odwołania do Prezesa Urzędu. Przepis nie wskazuje na tożsamość sposobu wniesienia odwołania z przekazaniem jego kopii zamawiającemu. Art. 184 ust. 2, wskazuje na obowiązek zachowania jednoczesności przekazania kopii z dniem wniesienia odwołania do Prezesa Urzędu. Zgodnie z orzeczeniami wydanymi przez Sąd Okręgowy w Warszawie, z dnia 30 stycznia 2007r. (sygn. akt V Ca 117/07) oraz z dnia 27 kwietnia 2007r. (sygn. Akt V Ca 467/07), „o zachowaniu terminu na przekazanie kopii zamawiającemu i wywiązanie się z obowiązku jednoczesności możemy mówić, gdy kopia tego odwołania dotrze do Zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie”.

W przedmiotowej sprawie wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego jest większa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp, zatem, w przedmiotowym postępowaniu termin na wniesienie odwołania wynosi 10 dni liczonych od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu (art. 184 ust. 2 Pzp.). Zamawiający, co zostało potwierdzone w samej treści odwołania przez odwołującego, przekazał wykonawcy wnoszącemu protest swoje stanowisko w przedmiocie rozstrzygnięcia protestu w dniu 2 czerwca 2010 roku. Licząc od tej daty odwołanie nadane do Prezesa UZP w dniu 12 czerwca 2010 r. przesyłką listowną nadaną w rędzie pocztowym operatora publicznego, zostało wniesione z zachowaniem dziesięciodniowego terminu. Przekazanie kopii odwołania zamawiającemu dopiero w dniu 16 czerwca 2010 r. nastąpiło po upływie terminu do wniesienia odwołania. Wypełnienie obowiązku jednoczesnego przekazania kopii odwołania zamawiającemu wymagało doręczenia treści oświadczenia wykonawcy zamawiającemu przed upływem wskazanego powyżej terminu. Samo nadanie przesyłki poleconej w dniu nadania odwołania do Prezesa UZP, nie umożliwiło zamawiającemu zapoznanie się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia. Szeroką interpretację pojęcia „przekazać” zawiera postanowienie SO w Poznaniu z dnia 18 października 2007 roku (sygn. akt X Ga 311/07), w którym Sąd stwierdził, iż pod pojęciem „przekazać” „(...) ustawa Prawo pocztowe rozumie etap końcowy świadczenia usługi pocztowej zwany „doręczeniem” oraz, że w związku z tym pojęcie „przekazania” pozostaje w takim stosunku do pojęcie „nadanie”, iż to ostatnie stanowi jedynie polecenie przekazania. Powyższe wskazuje zatem, że użyte w art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych pojęcie „przekazać”, przy przekazywaniu kopii odwołania drogą pocztową, w i znaczeniu prawnym, zakłada doręczenie kopii odwołania zamawiającemu”.

W związku z powyższymi ustaleniami, odwołanie podlegało odrzuceniu z uwagi na niedopełnienie obowiązku jednoczesnego przekazania kopii zamawiającemu.

Jednocześnie, Izba nie przychyliła się do wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy. W ocenie Izby, przepis ten nie znajdował zastosowania w okolicznościach wskazywanych przez zamawiającego i dotyczących ostatecznego rozstrzygnięcia protestu wniesionego wobec czynności zamawiającego z dnia 14 stycznia 2010 r. i dotyczącej udzielonych wyjaśnień do treści siwz. Izba nie znalazła uznania dla twierdzenia zamawiającego, iż czynność odrzucenia oferty odwołującego dokonana została zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, który nie dotyczył czynności oceny oferty. Przyjęcie argumentacji zamawiającego opartej na założeniu, iż odrzucenie oferty było dokonane zgodnie z modyfikacją treści siwz, prowadziłoby również do przyjęcia, iż w ogóle nie można skutecznie wnosić środków ochrony prawnej na ocenę oferty dokonywaną w oparciu o zapisy siwz.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami zamawiającego stanowiącymi koszty poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę (na podstawie przedłożonych na rozprawie rachunków), Izba obciążyła odwołującego. Izba uznała za uzasadnione uwzględnienie kosztu z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, ograniczając ich wysokość do połowy maksymalnej kwoty określonej treścią rozporządzenia, mając na uwadze iż postępowanie dotyczyło reprezentacji zamawiającego na posiedzeniu i rozprawie na której skierowano do rozpoznania dwie sprawy odwoławcze. Pozostałe koszty zamawiającego Izba podzieliła po równo na dwie rozpoznawane sprawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy pzp na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....