

POSTANOWENIE
z dnia 15 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu /w dniach* 15 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwa Hydro-Serwis Stanisław Mielewczyk z siedzibą w Rokitach, ul. Słupska 45 i Zakładu Usług Wiertniczych STUDMERT Piotr Kurkowski z siedzibą w Pokrzywnie 132** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Główny w Głównych, ul. Kościuszki 8** protestu /protestów* z dnia **13 marca 2009 r.**

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego, **xxx** – po stronie zamawiającego* .

orzeka:

- 1 . odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwa Hydro-Serwis Stanisław Mielewczyk z siedzibą w Rokitach, ul. Słupska 45 i Zakładu Usług Wiertniczych STUDMERT Piotr Kurkowski z siedzibą w Pokrzywnie 132
i nakazuje:

1

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574.00zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego **przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwa Hydro-Serwis Stanisław Mielewczyk z siedzibą w Rokitach, ul. Słupska 45 i Zakładu Usług Wiertniczych STUDMERT Piotr Kurkowski z siedzibą w Pokrzywnie 132**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **xxx** na rzecz **xxx**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów **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 **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwa Hydro-Serwis Stanisław Mielewczyk z siedzibą w Rokitach, ul. Słupska 45 i Zakładu Usług Wiertniczych STUDMERT Piotr Kurkowski z siedzibą w Pokrzywnie 132**

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na budowę sieci wodociągowej z przyłączami na trasie Dochowó - Dochowko – Gorzysław – Szczypkowie oraz awaryjnego ujęcia wody zostało wszczęte przez zamawiającego – Gminę Główny w Głównych, ul. Kościuszki 8, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 stycznia 2009r. za numerem 12891-2009. W dniu 9 marca 2009r. zamawiający przekazał

informację z dnia 6 marca 2009r. o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty Zakładu Usługowo Produkcyjno-Handlowego „Hirsz” z siedzibą w Stężycy, ul. Słowackiego 9 oraz o odrzuceniu oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwa Hydro-Serwis Stanisław Mielewczyk z siedzibą w Rokitach, ul. Słupska 45 i Zakładu Usług Wiertniczych STUDWIERT Piotr Kurkowski z siedzibą w Pokrzywnie 132 – zwanego dalej odwołującym. Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058; nr 220 poz. 1420, dalej zwanej ustawą), gdyż zamawiający uznał, że zaoferowana przez odwołującego

2

cena jest ceną rażąco niską, a wyjaśnienia udzielone przez odwołującego nie zasługują na uwzględnienie z uwagi na ich ogólny charakter. Na czynność odrzucenia swojej oferty w dniu 13 marca 2009r. odwołujący wniósł protest zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez nieuprawnione i sprzeczne z ustawą odrzucenie oferty Protestującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że gdyby zamawiający nie naruszył powyższych przepisów oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wniósł o

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert,
- 3) uznanie, iż oferta Protestującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Protest został podpisany przez dyrektora Stanisława Mielewczuka działającego na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego udzielonego przez Zakład Usług Wiertniczych „Studwert” Piotr Kurowski Stanisławowi Mielewczukowi prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo „Hydro-Serwis”

Zamawiający poinformował o wpłynięciu protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym w dniu 16 marca 2009r.

Do postępowania protestacyjnego nikt nie przystąpił.

Zamawiający w dniu 24 marca 2009r. rozstrzygnął protest i oddalił go w całości.

W dniu 30 marca 2009r. odwołujący wniósł odwołanie

Odwołujący podtrzymał zarzuty podniesione w proteście i wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 4) dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołanie zostało podpisane tak jak protest. Kopia odwołania została wniesiona do zamawiającego w dniu 1 kwietnia 2009r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z drukiem ZP – 2 (protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego str

1) zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 698 933,28zł., co stanowi równowartość 180 272,18 euro.

Izba zważyła, co następuje:

3

Na posiedzeniu zamawiający wskazał, że kopia treści odwołania dotarła do niego w dniu 1 kwietnia 2009r. tj. w 8 dniu od dnia rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący nie przedstawił dowodu na okoliczność, iż zamawiający otrzymał kopię treści odwołania w terminie do dnia 31 marca 2009r. (tj. w terminie do wniesienia odwołania wynoszącym zgodnie z art. 184 ust. 2 zd. 1 ustawy dla postępowań poniżej progów unijnych 5 dni od daty doręczenia rozstrzygnięcia protestu). Izba wzięła pod uwagę fakt, iż termin do wniesienia odwołania upływał w dniu 29 marca 2009r. tj. w niedzielę – dzień ustawowo wolny od pracy i zastosowała art. 115 kc w związku z art. 14 ustawy oraz fakt, iż o wynikach postępowania

wszyscy wykonawcy powzięli wiadomość za pośrednictwem faksu w dniu 9 marca 2009r. Zgodnie zatem z art. 180 ust. 2 zd. 1 ustawy dla postępowań poniżej progów unijnych termin na wniesienie protestu wynosił 7 dni (tj. do dnia 16 marca 2009r.). Na mocy art. 183 ust. 1 pkt 3 ustawy zamawiający był obowiązany do rozstrzygnięcia protestu do dnia 26 marca 2009r. – upływ ostatniego terminu dla wniesienia protestu. Odwołanie zatem, zgodnie z art. 184 ust. 2 zd. 1 ustawy, winno być wniesione najpóźniej do dnia 31 marca 2009r. i do tego dnia kopia treści odwołania winna być przekazana zamawiającemu.

Odwołujący twierdził wprawdzie, że przekazanie kopii faksem nie było możliwe w dniu 30 marca 2009r., jednakże na tę okoliczność nie przedstawił żadnych dowodów. Nie wykazał także przyczyn, dla których tej czynności nie dokonał w dniu 31 marca 2009r.

Zgodnie z linią orzecznictwa zaprezentowaną w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 stycznia 2007 r., kopia odwołania powinna trafić do zamawiającego przed upływem terminu na wniesienie samego odwołania.

Wskazać należy, że wykładnia gramatyczna słowa "przekazać" nie jest na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych możliwa. Słownik języka polskiego (www.sjp.pwn.pl) pod hasłem "przekazać" podaje:

1. powierzyć komuś coś,
2. powtórzyć komuś jakąś informację, czyjeś polecenie, słowa itp.,
3. wysłać jakiś bodziec, sygnał, impuls do jakiegoś urządzenia, narządu itp.,
4. wpłacić pieniądze do banku lub na pocztę, zlecając wypłacenie ich temu, na czyje nazwisko lub konto zostały wpłacone.

Ta definicja językowa nie pozwala na wykładnię pojęcia "przekazać" w sposób jednoznaczny, definiując je odpowiednio jako "wysłać" albo "doręczyć". Analiza samej ustawy także nie przynosi właściwego wyniku, albowiem słowo "przekazać" pojawia się w niej w różnych przepisach i z różnym skutkiem, np. art. 42 ust. 2 ustawy wskazuje, że specyfikację przekazuje zamawiający w terminie 5 dni od daty otrzymania wniosku wykonawcy, przy czym jednolicie przyjęło się, że jest to termin wysłania, a nie doręczenia, ale już w art. 94 ust. 1 ustawy, gdzie mowa jest o zawarciu umowy, ustawodawca stanowi, że umowę zawiera się w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia

4

o wyborze oferty (dla postępowań poniżej progów unijnych) i tu jednolicie przyjmuje się, że początek biegu terminu liczony być musi od doręczenia zawiadomienia. Tym samym, z uwagi na nieposłuszenie się przez ustawodawcę innym bardziej jednoznacznym sformułowaniem, konieczne jest posłuszenie się wykładnią celowościową przepisu art. 184 ust. 2 w związku z art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy. Ten zaś przepis stanowi o jednoczesności przekazania, a skoro jednocześnie, to najpóźniej w terminie do wniesienia odwołania, razem z nim. Dokonując w następnej kolejności wykładni celowościowej słowa "przekazać", użytego tak w art. 184 ust. 2 ustawy, jak i w art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy, należy wskazać, że celem ustawodawcy było, aby nie dopuścić do zawierania umów dotkniętych nieważnością. Ratio legis przepisu wynika z tego, że po upływie terminu do wniesienia odwołania zamawiający może zawrzeć umowę na etapie po upływie terminu składania ofert. Celem ustawodawcy było uniknięcie sytuacji, w której na skutek braku wiedzy o wpłynięciu odwołania, którego uwzględnienie skutkowałoby unieważnieniem postępowania, zostałaby zawarta umowa. Taka umowa, w przypadku unieważnienia postępowania w wyniku rozpoznania odwołania, byłaby nieważna. Jeśli uwzględnić ten cel ustawodawcy, słowo "przekazać" nie może być rozumiane inaczej niż "doręczyć". W przeciwnym bowiem wypadku nie zostałby zachowany nadrzędny cel ustawy, jakim jest zawarcie ważnej umowy. Nie można też interpretować terminu "przekazać" z art. 184 ust. 2 i art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy odmiennie w zależności od etapu postępowania, na którym składany jest środek ochrony prawnej.

Nadto, zgodnie z art. 3 pkt 5 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. - Prawo pocztowe (Dz. U. Nr 130, poz. 1188 ze zm.) słowo "przekazać" należy utożsamiać z "doręczeniem". Nie można więc przyjąć za słuszną interpretacji, że jednoczesne wysłanie kopii oraz odwołania do Prezesa UZP i zamawiającego stanowi wypełnienie obowiązku określonego w art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli kopia odwołania dotarła do wiadomości zamawiającego po upływie ustawowego terminu do wniesienia odwołania. Jak najszybsze powiadomienie zamawiającego służy zabezpieczeniu interesów wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz interesu publicznego.

Zapis skuteczności zachowania terminu, poprzez złożenie w placówce pocztowej operatora publicznego został zastrzeżony wyłącznie dla wniesienia odwołania do Prezesa UZP. Odwołujący wypełniłby obowiązek wynikający z art. 184 ust. 2 ustawy, gdyby wniósł kopie faksem lub e-mailem. Nie można także podzielić argumentacji Odwołującego, że przepis art. 184 ust. 2 i art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy dyskryminuje wykonawcę, którego siedziba nie znajduje się w pobliżu siedziby zamawiającego i nie może doręczyć kopii osobiście, gdyż istnieją inne sposoby doręczania kopii treści odwołania. W tej sytuacji, niezależnie od miejsca siedziby wykonawcy, możliwe jest zachowanie terminu dla

5

przekazania kopii treści odwołania, jak i nie skracanie terminu dla tego przekazania poniżej określonego dla wniesienia odwołania terminu pięciodniowego.

Z uwagi na to, że Odwołujący nie dołożył należytej staranności w tym zakresie, należy uznać, że nie wypełnił dyspozycji art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy, odrzucając odwołanie.

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

6

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

7