

POSTANOWENIE
z dnia 19 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **19 listopada 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Farmaceutycznego „Cefarm-Szczecin” Spółka Akcyjna, ul. Ziemowita 10, 71-717 Szczecin** od rozstrzygnięcia przez **Opieki** zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Zdrowotnej w Międzychodzie, ul. Szpitalna 10, 64-400 Międzychód** protestu z dnia **9 września 2009 r.**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Farmaceutycznego „Cefarm-Szczecin” Spółka Akcyjna, ul. Ziemowita 10, 71-717 Szczecin i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia**

Farmaceutycznego „Cefarm-Szczecin” Spółka Akcyjna, ul. Ziemowita 10, 71-717 Szczecin;

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **3 038 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Farmaceutycznego „Cefarm-Szczecin” Spółka Akcyjna, ul. Ziemowita 10, 71-717 Szczecin.**

Uzasadnienie

Skład orzekający Izby rozpatrując na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołanie złożone przez Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Farmaceutycznego „Cefarm-Szczecin” Spółka Akcyjna, ul. Ziemowita 10, 71-717 Szczecin zwane dalej „Odwołującym” w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych na sukcesywną dostawę leków, Nr sprawy AG/ZP-08/2009, wszczętym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Międzychodzie, ul. Szpitalna 10, 64-400 Międzychód zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 118209-2009 z dnia 23.07.2009 r. postanowił odrzucić odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

Przepis ten stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że Odwołujący nie przekazał kopii odwołania Zamawiającemu, zgodnie z art. 184 ust. 2 Pzp, czyli przed upływem terminu do jego złożenia. Art. 184 ust. 2 Pzp wymaga, dla

skutecznego wniesienia odwołania, jednoczesnego przekazania kopii jego treści Zamawiającemu.

Należy zauważyć, że art. 184 ust. 2 Pzp wymaga przekazania kopii odwołania jednocześnie z jego wniesieniem do Prezesa UZP. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO (np.: postanowienie KIO z dnia 16.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 70/07, postanowienie KIO z dnia 11.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 131/08, postanowienie z dnia 20.05.2008 r.,

2

sygn. akt: KIO/UZP 434/08, postanowienie KIO z dnia 23.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 562/570/08, czy też postanowienie KIO z dnia 26.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 831/08) oraz Sądów Okręgowych (np.: wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 12.07.2007 r., sygn. akt: VIII Ga 124/07, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 05.11.2007 r., sygn. akt: V Ca 1889/07, czy też wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28.02.2008 r., sygn. akt: XIX Ga 40/08) do obowiązku przekazania kopii odwołania nie może mieć zastosowania przepis zdania ostatniego powołanego przepisu, mówiący o tym, że termin jest dochowany, jeżeli pismo zostanie złożone w placówce pocztowej operatora publicznego. Zdanie ostatnie dotyczy wyłącznie wnoszenia pisma do Prezesa UZP, nie zaś przekazywania kopii Zamawiającemu.

W stosunku do przekazania kopii odwołania zastosowanie winna mieć teoria doręczenia, według której oświadczenie uważa się za złożone w momencie, w którym jego treść dotarła do adresata w taki sposób, że mógł się z nią zapoznać. Oznacza to, że kopia odwołania musi zostać doręczona Zamawiającemu najpóźniej w ostatnim dniu terminu do złożenia odwołania. Podobne stanowisko zaprezentował Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30.01.2007 r., sygn. akt: V Ca 117/07, stwierdzając, iż: *„Mając na uwadze ogólną zasadę rządzącą postępowaniem o zamówienie publiczne, tj. szybkość i cel jakiemu służy powiadomienie zamawiającego o odwołaniu, tj. po pierwsze konieczność poinformowania o jego treści innych zainteresowanych - wykonawców, po drugie jak najszybsze powzięcie wiadomości o zakończeniu bądź nie postępowania wywołanego protestem, a tym samym możliwość skutecznego zawarcia umowy z wykonawcą najkorzystniejszej oferty, w ocenie Sądu Okręgowego, o zachowaniu terminu na przekazanie kopii zamawiającemu i wywiązanie się z obowiązku jednoczesności możemy mówić wtedy, gdy kopia tego odwołania dotrze do Zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie”*.

Powyższe orzecznictwo jest dalej aktualne po nowelizacji Pzp z dnia 23.09.2008 r., w ramach którego określono tylko, że odwołanie wnosi się 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. Zachowano wymóg jednoczesności przekazania odwołania Zamawiającemu, precyzując, iż chodzi o jego treść. Potwierdza to orzecznictwo Izby (np.: postanowienia z dnia 08.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 401/09, postanowienie z dnia 15.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 701/09, postanowienie z dnia 12.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 994/09, postanowienie z dnia 19.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1023/09, czy też postanowienie z dnia 20.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1032/09). Podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 04.06.2009 r., sygn. akt: XIX Ga 195/09.

3

Wskazać należy także, że Ustawodawca łączy skutki doręczenia odwołania do Prezesa Urzędu z dniem jego nadania w placówce pocztowej operatora publicznego, czego nie można odnosić do przekazania kopii odwołania Zamawiającemu. Na Wykonawcy zaś spoczywa obowiązek przekazania kopii treści odwołania Zamawiającemu w sposób umożliwiający mu zapoznanie się z jego treścią (tak orzekła KIO w postanowieniu z dnia 13.03.2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 250/09, jak również w postanowieniu KIO z dnia 09.07.2009 r., sygn. akt: 803/09).

W niniejszym stanie faktycznym, termin do złożenia odwołania upływał 24.09.2009 r. (rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w trybie art. 183 ust. 3 Pzp, poprzez jego brak - milczenie, tj. oddalenie w dniu upływu ustawowego terminu na jego rozstrzygnięcie, czyli w dniu 19.09.2009 r.). Z nadania listu poleconego wynika, że kopia odwołania została co prawda nadana 24.09.2009 r., ale jej doręczenie Zamawiającemu nastąpiło dopiero 25.09.2009 r.

(zgodnie z informacją z wezwania do przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 29.09.2009 r. oraz kopią odwołania, która otrzymał Zamawiający okazaną podczas posiedzenia).

Z uwagi na bezsporną okoliczność, że wartość przedmiotowego zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie powinno być wniesione w terminie 5 dni od upływu terminu rozstrzygnięcia protestu. Izba uznała że niniejszą kopie Zamawiający otrzymał w dniu 25.09.2009 r., czyli 1 dzień po upływie terminu na złożenie odwołania, który jest zarazem terminem na skuteczne przekazanie jego kopii Zamawiającemu. Powyższy stan faktyczny został potwierdzony na posiedzeniu przez Zamawiającego, jak również Odwołującego. Ten ostatni potwierdził również, iż kopia odwołania nie została przekazana w jakikolwiek inny sposób w dniu 24.09.2009 r.

Przy wydaniu niniejszego postanowienia Izba uznała, że termin na wniesienie protestu na czynność odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie pakietów nr 5, 6, 8, 9, 13,17 oraz 18 rozpoczął bieg z dniem jego prawidłowego powiadomienia przez Zamawiającego, tj. w dniu 02.09.2009 r., a nie 21.08.2009 r.

Jednocześnie Izba ustaliła, że czynność Zamawiającego w dniu 02.09.2009 r. miała miejsce wobec wszystkich Wykonawców wobec czego ostatni z terminów na wniesienie protestu upłynął 09.09.2009 r., zaś brak rozstrzygnięcia protestu w trybie art. 183 ust. 3 Pzp w dniu 19.09.2009 r. jest bezsporny między stronami.

W tym stanie rzeczy, odwołanie należało odrzucić na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 w związku z art. 184 ust. 2 Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

4

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:

.....

.....

5