

**POSTANOWENIE**  
**z dnia 13 lutego 2008r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Jolanta Markowska**  
**Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 13.02.2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jaza Sp. z o.o., Kraków. ul. Promienistych 5/10** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Warszawa, ul. Czerniakowska 16** protestu z dnia 13.12.2007r.

przy udziale **P.W. MULTIKOM, Adam Papierski, Bydgoszcz, ul. Fabryczna 15** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

---

2. Kosztami postępowania obciąża **Jaza Sp. z o.o., Kraków. ul. Promienistych 5/10** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Jaza Sp. z o.o., Kraków. ul. Promienistych 5/10**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu 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 15 936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jaza Sp. z o.o., Kraków. ul. Promienistych 5/10**.

**Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zakup kaset z tonerem do laserowych drukarek komputerowych Lexmark Optra E 310, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE nr 2007/S 193 -234792), w dniu 13.12.2007 r. został wniesiony protest przez Adama Papierskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Komputerowe Materiały Eksploatacyjne z Bydgoszczy.

Wniesienie protestu było następstwem powiadomienia pismem z dnia 6.12.2007 r. o wyborze oferty JAZA Sp. z o.o. z Krakowa.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655) przez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania i dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu.

W proteście podniesiono, że JAZA Spółka z o.o. nie złożyła prawidłowej deklaracji zgodności, wystawionej przez producenta oferowanych kaset z tonerem oraz karty charakterystyki preparatu niebezpiecznego na oferowany przedmiot zamówienia.

---

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 14.12.2007 r., pismem z dnia 17.12.2007 r., z kopią przekazaną w dniu 18.12.2007 r., przesyłką poleconą doręczoną w dn. 20.12.2007 r. wnoszącemu protest, do postępowania wywołanego wniesieniem protestu przystąpiła JAZA Sp z o.o., wywodząc, że zarzuty przeciwko jej ofercie są chybione.

Pismem z dnia 24.12.2007 r. Zamawiający rozstrzygnął protest w ten sposób, iż unieważnił czynność wyboru oferty JAZA Sp. z o.o. stwierdził, że wykonawca ten kwalifikuje się do wykluczenia oraz postanowił dokonać ponownej oceny i wyboru ofert. Uznał za zasadny zarzut odnoszący się do dokumentu karty charakterystyki preparatu niebezpiecznego na oferowany przedmiot zamówienia. W pozostałym zakresie zarzuty protestu zostały oddalone. Zamawiający oświadczył, że rozstrzygnięcie protestu przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu faksem oraz listami poleconymi.

W dniu 15.01.2008 r. zostało wniesione odwołanie przez JAZA Sp. z o.o., którego kopia w tym samym dniu przesyłką pocztową została nadana do Zamawiającego i doręczona dnia 21.01.2008 r.

Odwołujący przesłał kopię odwołania do Zamawiającego również faksem w dniu 18.01.2008 r.

Odwołujący przyznał, że otrzymał rozstrzygnięcie protestu z dnia 24.12.2007 r. drogą pocztową, ale w dn. 15.01.2008r. Stwierdził, że pozostawał w uzasadnionym przekonaniu, iż protest został oddalony poprzez brak rozpatrzenia, a o częściowym uwzględnieniu protestu wykonawcy Adama Papierskiego – Przedsiębiorstwa Wielobranżowego MULTIKOM dowiedział się z pisma Zamawiającego z dnia 10.01.2008 r. unieważniającego wybór oferty, wykluczającego JAZA Sp. z o.o. z postępowania oraz odrzucającego ofertę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 183 ust. 1 i 4 Pzp przez nieterminowe rozstrzygnięcie protestu oraz brak pouczenia o środkach odwoławczych, art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez ich nieuprawnione zastosowanie do oferty Odwołującego, która nie podlegała odrzuceniu oraz art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie zastosowania, skoro Zamawiający uznał, że dokumentacja oferty posiada braki.

Odwołujący zażądał nakazania: unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, dokonania ponownej oceny ofert i wyboru złożonej oferty jako najkorzystniejszej. Alternatywnie wniósł o unieważnienie postępowania, a ponadto o zasądzenie kosztów postępowania.

W dniu 5.02.2008 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Adam Papierski Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM.

Krajowa Izba Odwoławcza w oparciu o dokumentację akt sprawy oraz wyjaśnienia pełnomocników i stron złożone do protokołu posiedzenia ustaliła, co następuje.

---

W rozdziale I punkt IV siwz Zamawiający przewidział przekazywanie faksem oświadczeń, protestów, rozstrzygnięcia protestów, wniosków i zawiadomień. Postanowił, że jeżeli wykonawca prześle oświadczenie faksem i pisemnie, za datę ich złożenia uważa się datę wpływu pierwszego dokumentu. Dokument uważa się za złożony w terminie, jeżeli jego treść dotarła do adresata przed upływem wyznaczonego terminu. Wykonawca zobowiązany został do niezwłocznego potwierdzenia faktu otrzymania oświadczenia przez podpisanie pierwszej strony dokumentu i jej odesłanie Zamawiającemu.

Zamawiający w terminie ustawowym określonym w art. 183 ust. 1 Pzp to jest dnia 24.12.2007 r. rozstrzygnął protest. Pismo powiadamiające zawiera pouczenie o prawie i terminie wniesienia odwołania.

W aktach sprawy znajdują się dokumenty kilkakrotnego potwierdzenia transmisji faksu z dnia 24.12.2007 r. pomiędzy godziną 12 00 a 13 30, na wskazany w ofercie numer 0124312734, jednakże bez potwierdzenia odbioru przez Odwołującego i zawierające adnotację „wykryto błąd sprawdź odbiorcę.” Ustalone okoliczności sprawy świadczą, iż doręczenie rozstrzygnięcia protestu faksem nie było skuteczne (vide postanowienie SN z 29.01.2003 r., sygn. akt ICZ 192/02, OSNC 2004/4/64).

W pełni wiarygodny dokument przesłania Odwołującemu rozstrzygnięcia protestu stanowi dowód nadania przesyłki poleconej z dnia 24.12.2007 r. Z przedłożonego zwrotnego poświadczenia odbioru wynika, że dana przesyłka pocztowa została doręczona Odwołującemu w dniu 15.01.2008r.

Zamawiający o sposobie rozstrzygnięcia protestu zawiadomił zarówno wnoszącego protest

jak i Odwołującego. Protest uważa się za ostatecznie rozstrzygnięty, stosownie do uregulowań art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp, z upływem terminu do wniesienia odwołania. W związku z częściowym uwzględnieniem protestu Zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. W tym przypadku po bezskutecznym upływie terminu na wniesienie odwołania, w zakresie uwzględnionych zarzutów przeciwko ofercie JAZA Sp. z o.o. brak zaskarżenia odwołaniem uwzględnionych zarzutów protestu, w terminie ustawowo określonym dla tej czynności przesądzał o konieczności odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający nie mógł przewidzieć, iż termin doręczenia rozstrzygnięcia protestu przesyłką poleconą ulegnie tak znacznemu wydłużeniu. Pismo Zamawiającego z dnia 10.01.2008 r. było konsekwencją wypełnienia obowiązków nakazanych przepisem art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp i nie powinno zawierać pouczenia o prawie wniesienia odwołania, gdyż od takiej czynności środek ochrony prawnej nie przysługuje, a odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp. Za przyjęciem tej interpretacji przemawia również zasada szybkości i efektywności procedur odwoławczych ustanowiona w art. 1 dyrektywy Rady WE z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie

4

koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawę i roboty budowlane 89/665/EWG oraz dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, co wprost wynika z punktu 34 preambuły i art. 1 aktu zmieniającego. Gdyby nawet przyjąć, za orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości sygn. akt C 327/00 w sprawie Santex SpA, że uchybienie terminowi wniesienia odwołania, wywołane działaniami Zamawiającego, nie może niweczyć efektywności środków odwoławczych, to i tak na przeszkodzie merytorycznemu rozpoznaniu sprawy stoi fakt niedotrzymania przez Odwołującego, z przyczyn wyłącznie leżących po jego stronie, warunków formalnych związanych ze skutecznym korzystaniem ze środków ochrony prawnej. W przypadku liczenia terminu na wniesienie odwołania od daty 10.01.2008 r., to jest od powiadomienia o odrzuceniu oferty, jako terminu powzięcia wiadomości o rozstrzygnięciu protestu, formalności związane z przekazaniem kopii odwołania Zamawiającemu nie zostały dochowane. Odwołujący w dniu 15.01.2008 r. złożył odwołanie do Prezesa UZP drogą pocztową. Kopię odwołania Zamawiający otrzymał przesyłką pocztową po upływie terminu to jest w dniu 21.01.2008 r. Odwołujący przesłał również kopię odwołania faksem w dniu 18.01.2008 r., jednakże nastąpiło to z uchybieniem terminu określonego w art. 184 ust. 2 Pzp, a ponadto zostały przesłane tylko 4 strony, a odwołanie zawiera 8 stron, nie wliczając załączników. Z tych przyczyn odwołanie, bez względu na sposób liczenia terminu początkowego i tak podlega odrzuceniu stosownie do art. 187 ust. 4 pkt 7 Pzp. W tej mierze istnieje ugruntowane orzecznictwo sądowe, gdzie można wskazać na wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt V Ca 117/07 z dnia 30.01.2007 r. oraz sygn. akt V Ca 1889/07 z dnia 5.11.2007 r., potwierdzające zależność skuteczności wniesienia odwołania od zachowania terminu doręczenia jego kopii Zamawiającemu. W ocenie Sądu Okręgowego należy przede wszystkim zwrócić uwagę na to, że celem takiego unormowania jest zapewnienie sprawności przebiegu postępowania o zamówienie publiczne ale i jego jasności i pewności dla wszystkich jego uczestników, co wiąże się też z umożliwieniem zamawiającemu powzięcia wiadomości o zakończeniu bądź nie postępowania protestacyjnego w takim czasie, aby możliwe było skuteczne zawarcie umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Po upływie terminu, o którym mowa w art. 184 pzp, w braku wiedzy o wniesionym odwołaniu, zamawiający może pozostawać w usprawiedliwionym przekonaniu, że postępowanie wywołane protestem zostało zakończone i nie ma przeszkód do zawarcia umowy.

5

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący nie dotrzymał również warunku jednoczesnego przekazania kopii przystąpienia do postępowania wywołanego wniesieniem

protestu składającemu protest, do czego obliguje art. 181 ust. 5 Pzp. W doktrynie przeważa pogląd, iż w takim przypadku przystąpienie nie jest skuteczne i nie daje możliwości samodzielnego wniesienia odwołania (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych G. Wicik, W. Wiśniewski wyd. CH Beck 2006 r. str 772)

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie postanowieniem, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:** .....

.....

---

*\* niepotrzebne skreślić*