

POSTANOWENIE
z dnia 11 marca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 11 marca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum Energopol – Południe S.A., Shanghai Construction (Group) General Company, Przedsiębiorstwo Budownictwa Technicznego „Hawe” sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu ul. Jedności 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Warszawski Ośrodek Sportu i Rekreacji Zakład Budżetowy m. st. Warszawy z siedzibą w Warszawie, ul. Rozbrat 26** protestu z dnia 11 lutego 2008r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **Konsorcjum HOCHTIEF Polska sp. z o.o., HOCHTIEF Construction AG, Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Elbląska 14** po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. odrzuca odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum Energopol – Południe S.A., Shanghai Construction (Group) General Company, Przedsiębiorstwo Budownictwa Technicznego „Hawe” sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu ul. Jedności 2** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum Energopol – Południe S.A., Shanghai Construction (Group) General Company, Przedsiębiorstwo Budownictwa Technicznego „Hawe” sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu ul. Jedności 2,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: xxx) przez, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum Energopol – Południe S.A., Shanghai Construction (Group) General Company, Przedsiębiorstwo Budownictwa Technicznego „Hawe” sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu ul. Jedności 2.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na budowę stadionu piłkarskiego przy ul. Łazienkowskiej 1/3 w Warszawie znak DU/ZP/28/07 prowadzone przez **Warszawski Ośrodek Sportu i Rekreacji Zakład Budżetowy m. st. Warszawy z siedzibą w Warszawie, ul. Rozbrat 26,** zwanego dalej Zamawiającym zostało wszczęte w dniu 23 października 2007r. ogłoszeniem w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich nr 2007 S 204-247772.

W dniu 14 stycznia 2008r. Zamawiający wezwał **Konsorcjum Energopol – Południe S.A., Shanghai Construction (Group) General Company, Przedsiębiorstwo Budownictwa**

Technicznego „Hawe” sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu ul. Jedności 2, zwanego dalej Odwołującym do przedłożenia aktualnego zaświadczenia bankowego zgodnie z pkt III.2.1. ppkt. 1 lit. c ogłoszenia oraz do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadane przez

2

Odwołującego doświadczenie zgodnie z pkt III.2.1 ppkt 1 lit. b ogłoszenia, gdyż Odwołujący wykazał we wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym doświadczenie innych osób prawnych niż te, które ubiegają się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący udzielił odpowiedzi na wezwanie w zakresie określonym przez Zamawiającego terminie to jest w dniu 21 stycznia 2008r. Wraz z tym pismem Odwołujący złożył Certyfikat Bankowej Linii Kredytowej z dnia 3 grudnia 2007r. wystawiony przez China Construction Bank Co, Ltd. Oraz pisma spółki No. 2 Construction Co., LTD. oraz Shanghai SCG Machine Engineering Co, Ltd. – spółek zależnych holdingu Shanghai Construction (Group) General Company potwierdzające, że Shanghai Construction (Group) General Company jest umocowana do używania doświadczenia, referencji oraz innych zasobów tych spółek. Nadto przedłożył oświadczenie Shanghai Construction (Group) General Company wyjaśniające zasady organizacji holdingu potwierdzające zamiar wykorzystania w ramach postępowania doświadczenia, referencji oraz innych zasobów spółek zależnych.

W dniu 1 lutego 2008r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Informację tę Odwołujący otrzymał w dniu 4 lutego 2008r. przesyłką kurierską. Zamawiający wskazywał, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganego doświadczenia – wykonania robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem (należy podać: czy przedmiotem zamówienia była budowa, czy rozbudowa, czy Wykonawca uczestniczył w realizacji przedmiotu zamówienia jako generalny Wykonawca, czy jako Wykonawca; rodzaj obiektu (stadion piłkarski); ilość miejsc siedzących na obiekcie; ilość miejsc siedzących zadaszonych; dla rozbudowy również ilości miejsc siedzących przed i po rozbudowie oraz ilość miejsc siedzących zadaszonych przed i po rozbudowie) robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie – celem potwierdzenia spełniania udziału w przedmiotowym postępowaniu określonego w pkt III.2.1 ppkt 1 lit b ogłoszenia. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący na potwierdzenie uprawnienia do posłużenia się doświadczeniem grupy kapitałowej Shanghai Construction (Group) General Company przedstawił jedynie swoje oświadczenie i spółek wchodzących w skład grupy kapitałowej, ale nie przedłożył innych dokumentów, które regulowałyby możliwość posłużenia się przez niego referencjami innych osób prawnych, nie będących w przedmiotowym postępowaniu Wykonawcami. Zamawiający wskazał, że dokument prywatny wystawiony przez Odwołującego nie może być uznany za wystarczający z uwagi na legalną definicję wykonawcy zawartą w art. 2 pkt. 11 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. tj. z 2007r. nr 223 poz. 1655 zwaną dalej ustawą).

3

Biorąc to pod uwagę Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy.

W dniu 11 lutego 2008r. od czynności wykluczenia Odwołującego, Odwołujący wniósł faksem protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez bezzasadne przyjęcie, że Odwołujący nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu i wnosząc o powtórzenie czynności postępowania polegającej na ocenie wniosku Odwołującego do dopuszczenia do udziału w postępowaniu i uznanie wskutek ponownej oceny tego wniosku, że Odwołujący złożył dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a w dalszej kolejności zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty w postępowaniu. Odwołujący podniósł w proteście, że pismem z dnia 21 stycznia 2008r. wyjaśnił, że może posługiwać się referencjami należącymi do członków grupy kapitałowej Shanghai Construction (Group) General Company, a mianowicie referencjami spółek No. 2 Construction Co. Ltd. oraz Shanghai SCG Machine Engineering Co. Ltd. Odwołujący wskazał, że ustawa stanowi

implementację Dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992r. i powinna być interpretowana zgodnie z jej duchem oraz zasadami ustalonymi przez ETS na gruncie tej dyrektywy (sprawa C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari, publ. European Court Reports 1999 s. 08607, C-389/92 Ballast Nedam Group v Belgia publ. European Court Reports 1994 s. 1289, C-5/97 Ballast Nedam Group v Belgia publ. European Court Reports 1997 s. 7549). Nadto wskazał, że dyrektywa 92/50/EWG została z dniem 31 stycznia 2006r. zastąpiona dyrektywą 2004/18/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004r. (Dz. U. EU L z dnia 30 kwietnia 2004r.) zawierającą w art. 48, regulującym zdolność techniczną i zawodową wykonawców, ustęp 3 stanowiący, iż wykonawca może opierać się na potencjale innych podmiotów przy założeniu, że może wykazać zamawiającemu, że będzie miał do dyspozycji zasoby niezbędne do wykonania umowy, na przykład w drodze przedstawienia zamawiającemu oświadczeń takich podmiotów o postawieniu do dyspozycji swoich zasobów na rzecz takiego wykonawcy. Ustawa w art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 powinna być interpretowana w zgodzie z postanowieniami dyrektywy 2004/18/EC oraz orzecznictwem Trybunału, w związku z czym Odwołujący mógł się opierać na potencjale (w tym doświadczeniu i referencjach) spółek No. 2 Construction Co. Ltd. oraz Shanghai SCG Machine Engineering Co. Ltd. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu pisma wystawione przez te spółki odpowiednio w dniu 18 stycznia 2008r. oraz 21 stycznia 2008r., co stanowiło spełnienie warunku, od zaistnienia którego orzecznictwo ETS oraz dyrektywa 2004/18/EC uzależnia możliwość powoływania się na potencjał innych podmiotów. Z art. 2 pkt 11 ustawy nie wynika jakkolwiek zakaz postępowania się przez Odwołującego dokumentami prywatnymi.

4

W dniu 14 lutego 2008r. Zamawiający zawiadomił pozostałych wykonawców o wpłynięciu protestu.

Konsorcjum HOCHTIEF Polska sp. z o.o., HOCHTIEF Construction AG, Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Elbląska 14 – zwany dalej Przystępujący HOCHTIEF oraz Konsorcjum „Polimex-Mostostal” S.A., Baugesellschaft Walter Hellmich GmbH z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 15/17 – zwany dalej Przystępujący Polimex w dniu 18 lutego 2008r. (17 lutego 2008r. niedziela – dzień ustawowo wolny od pracy) przestąpili do postępowania protestacyjnego żądając oddalenia protestu Odwołującego. Przystępujący HOCHTIEF wskazał, że Shanghai Construction (Group) Company nie wykazał, że posiada wymagane doświadczenie, a tym samym nie może wywodzić swoich uprawnień na podstawie doświadczenia posiadanego przez spółki, których jest nawet 100% udziałowcem, a które to spółki nie złożyły wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przetargowym. Shanghai Construction (Group) Company jak i No. 2 Construction Co. Ltd. oraz Shanghai SCG Machine Engineering Co. Ltd. są odrębnymi osobami i podmiotami prawnymi. Każda z tych spółek może samodzielnie występować w obrocie prawnym, w tym także samodzielnie lub łącznie z innymi podmiotami ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Innymi słowy, każda ze spółek może uzyskać status wykonawcy w rozumieniu art. 2 ust. 11 ustawy. Korzystanie z doświadczenia No. 2 Construction Co. Ltd. oraz Shanghai SCG Machine Engineering Co. Ltd. byłoby możliwe, gdyby te spółki wspólnie z Odwołującym ubiegały się o zamówienie i wówczas warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy mogłyby spełniać łącznie – taki pogląd wyraził Zespół Arbitrów w wyroku z 17 kwietnia 2007r. UZP/ZO/0-403/07.

Przystępujący Polimex wskazał natomiast, że niezależnie od sposobu rozumienia interesu prawnego przy wnoszeniu środków ochrony prawnej – art. 179 ust. 1 ustawy, Odwołujący nie wykazał w proteście istnienia tego interesu.

W dniu 21 lutego 2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie.

Rozstrzygnięcie zostało doręczone Odwołującemu w dniu 22 lutego 2008r. Zamawiający zgodził się z Odwołującym, że zgodnie z aktualnie ukształtowanym porządkiem prawnym RP dopuszczalna, a w pewnych sytuacjach nawet obligatoryjna będzie interpretacja prawa krajowego w oparciu o dorobek prawa wspólnotowego. Niemniej wskazał, że obowiązują przepisy prawa krajowego, a dyrektywy wiążą państwa jedynie co do zamierzonego celu pozostawiając swobodę wyboru formy i środków. Przenosząc zaistniały spór na grunt ustawy jedyną dozwoloną formą będzie wspólne wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednym z typowych sposobów „łączenia sił” jest tworzenie przez wykonawców konsorcjów celem łącznego wykazania spełniania warunków i skutecznego wzięcia udziału

w postępowaniu. Zamawiający podzielił argumentację Przystępującego HOCHTIEF, natomiast nie podzielił stanowiska Przystępującego Polimex.

5

W dniu 26 lutego 2008r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych za pośrednictwem Poczty Polskiej S.A. W odwołaniu podtrzymał wszystkie zarzuty i wnioski podniesione w proteście. Rozwinął argumentację w zakresie prymatu prawa wspólnotowego nad porządkiem prawa krajowego oraz instytucję pośredniej skuteczności dyrektyw przywołując orzeczenia ETS w sprawach 14/83 Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen, European Court Results 1984, s. 1891, 79/83 Harz v Deutsche Tradax GmbH, ECR 1984 s. 1921, C/90 Grad vs Finanzamt Traustrein, 41/74 Van Duyn v Home Office, 51/76 Verbond van Nederlandse Ondernemingen v Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen, 103/88 Fretelli Constanzo SPA v Commune di Milano. Nadto podniósł, że No. 2 Construction Co. Ltd. oraz Shanghai SCG Machine Engineering Co. Ltd. funkcjonują jako spółki wykonawcze realizujące określone zadania inwestycyjne, zaś spółka holdingowa Shanghai Construction (Group) General Co. Pełni funkcję koordynatora inwestycji prowadzonych przez grupę SCG i sprawuje kontrolę nad spółkami zależnymi, czyli w sposób pośredni decyduje o sposobie wykorzystania ich potencjału. Podniósł, że zgodnie z definicją „wykonawcy” w rozumieniu art. 1 ust. 8 dyrektywy klasycznej istotne jest „oferowanie na rynku” wykonania obiektu budowlanego, pozostawiając otwartą kwestię czy obiekt budowlany jest wykonywany samodzielnie przez wykonawcę czy też z użyciem podmiotów trzecich. Definicja ta jest skorelowana z brzmieniem art. 48 ust. 3 oraz ust. 4 dyrektywy i dopuszcza powoływanie się, pod oznaczonymi warunkami, na potencjał podmiotów trzecich. Czym innym jest nadto definicja wykonawcy, a czym innym doświadczenie wykonawcy. W określonych przypadkach wykonawca może posługiwać się doświadczeniem innych podmiotów, co wynika wprost z postanowień art. 48 ust. 3 i 4 dyrektywy oraz utrwalonego orzecznictwa ETS. Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu Odwołania, bo gdyby Zamawiający nie dokonał wadliwie czynności badania wniosków i wykluczenia Odwołującego, to wniosek podlegałby rozpatrzeniu, Odwołujący zostałby zaproszony do złożenia oferty, a tym samym miałby szansę uzyskania zamówienia. W dniu 10 marca 2008r. do postępowania odwoławczego przystąpił Przystępujący HOCHTIEF po stronie Zamawiającego popierając jego stanowisko.

Na posiedzeniu Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy podnosząc, iż kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu po upływie terminu do wniesienia odwołania (27 lutego 2008r.), tj. w dniu 29 lutego 2008r. Przystępujący HOCHTIEF przyłączył się do stanowiska Zamawiającego, a nadto wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy, gdyż jego zdaniem pełnomocnictwo udzielone przez Shanghai Construction (Group) General Company Pani Ren Jun nie upoważnia jej do udzielania dalszych pełnomocnictw, w tym do udzielenia pełnomocnictwa dla Energopol-Południe S.A. – Lidera Odwołującego, oraz że jest to

6

pełnomocnictwo ogólne, a nie rodzajowe i nie obejmuje swoim zakresem upoważnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Odwołujący wniósł o oddalenie wniosków Zamawiającego i Przystępującego podnosząc, że ocena pełnomocnictwa dla Pani Ren Jun powinna być dokonywana zgodnie z wymogami prawa prywatnego międzynarodowego w oparciu o prawo chińskie, zaś wykładnia celowościowa przepisu art. 187 ust. 4 pkt 7 w związku z art. 184 ust. 2 ustawy dokonywana przez część doktryny i orzecznictwa nie może być uznana za prawidłową i powinna być dokonana wykładnia gramatyczna tych przepisów prowadząca do wniosku, że termin „przekazanie” oznacza jedynie wysłanie, a nie doręczenie. Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z zaświadczenia właściwego urzędu konsularnego lub ambasady na okoliczności ustalenia treści chińskiego prawa cywilnego w zakresie udzielenia pełnomocnictw.

Zamawiający ostatecznie wnosł alternatywnie o uwzględnienie wniosku o odrzucenie odwołania:

1. z uwagi na nieprzekazanie kopii w terminie,

2. w przypadku nieuwzględnienia pkt 1 pozostawia wniosek dowodowy do uznania Izby wskazując jednak, aby zobowiązać Odwołującego do zapewnienia przedłożenia niezbędnych dokumentów w celu udowodnienia tezy na stosowanie prawa chińskiego w przedmiotowej sprawie we wskazanym przez Izbę terminie, aby w przypadku prowadzenia merytorycznego sprawy nie zachodziła konieczność kolejnych odroczeń.

Izba dopuściła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołującego, pisma Zamawiającego z 14 stycznia 2008r., pisma Odwołującego z dnia 21 stycznia 2008r., protokołu postępowania wraz z załącznikami. Izba oddaliła wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z zaświadczenia właściwego urzędu konsularnego lub ambasady na okoliczności ustalenia treści chińskiego prawa cywilnego w zakresie udzielenia pełnomocnictw uznając, iż na posiedzeniu wniosek został powołany dla przedłużenia postępowania, gdyż Odwołujący nie wykazał, że nie istniała możliwość pozyskania wcześniej od członka Konsorcjum urzędowego publikatora chińskiego, w którym publikowany był akt prawny regulujący stosunki cywilne w Chinach, jego przetłumaczenie oraz przedłożenie na posiedzeniu, skoro również w odwołaniu powołuje się na oświadczenia Shanghai Construction (Group) General Company, wedle których w chińskim prawie dopuszczalne jest powoływanie się jednej ze spółek holdingowych na doświadczenie innych spółek wchodzących w skład tego holdingu. Odwołujący nie wykazał także, że istniały przeszkody w pozyskaniu takiego dowodu i że taki dowód mógłby być przeprowadzony jedynie za pośrednictwem Krajowej Izby Odwoławczej działającej w trybie art. 184 ust. 6 ustawy w związku z art. 1192 § 1 kpc w związku z art. 1043 kpc.

7

Nadto należy wskazać, że Odwołujący nie wykazał w oparciu o jakie przepisy prawa prywatnego międzynarodowego wywodzi, że udzielenie pełnomocnictwa do czynności poprzedzających zawarcie umowy oraz do zawarcia umowy podlega prawu państwa, w którym ubiegający się o zamówienie publiczne ma siedzibę, a nie prawu polskiemu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje :

Izba stwierdza, że:

- 1) w sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy, bo wartość szacunkowa zamówienia przekracza równowartość kwoty 206 000 euro i wynosi ok. 20 000 000 euro ,
- 2) odwołanie zostało poprzedzone protestem ,
- 3) protest i odwołanie zostały wniesione bez uchybienia terminom określonym w ustawie,
- 4) Odwołujący się powołuje się okoliczności, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego samego Odwołującego się w tym samym postępowaniu,
- 5) odwołanie nie dotyczy czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Izba stwierdza, że kopia odwołania została Zamawiającemu przekazana za pośrednictwem Poczty Polskiej S.A. listem poleconym nr 17506023 zgodnie z kserokopią książki nadawczej załączonej do odwołania. Zamawiający otrzymał kopię odwołania w dniu 29 lutego 2008r., a więc po upływie terminu do wniesienia odwołania, który upłynął w dniu 27 lutego 2008r. Ustawodawca w art. 184 ust. 2 ustawy zobowiązał Odwołującego do jednoczesnego przekazania kopii odwołania Zamawiającemu. "Jednoczesność", o której mowa w ww. przepisie nie oznacza jednoczesnego złożenia kopii odwołania w placówce pocztowej operatora pocztowego. Ustawodawca w tym przepisie operuje pojęciem cyt. "jednocześnie przekazując jego kopię Zamawiającemu".

Odwołujący w odwołaniu z dnia 26 lutego 2008r. przedstawił dowód nadania na pocztę (przesyłkę zwykłą poleconą bez zwrotnego potwierdzenia odbioru) kopii odwołania do Zamawiającego, lecz nie przedstawił dowodu na okoliczność terminu doręczenia tej kopii Zamawiającemu. Z wyjaśnień Zamawiającego na posiedzeniu wynika, że otrzymał ją w dniu 29 lutego 2008r., a więc już po upływie terminu do wniesienia odwołania.

Zgodnie z linią orzecznictwa, zaprezentowaną w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30.01.2007r., 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 :

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 o wyborze oferty i tu jednolicie przyjmuje się, że początek biegu terminu liczony być musi od doręczenia zawiadomienia. Tym samym z uwagi na nieposłużenie się przez ustawodawcę innym bardziej jednoznacznym sformułowaniem konieczne jest posłużenie się wykładnią celowościową przepisu art. 184 ust. 2 w związku z art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy. Po pierwsze wskazać należy, że nie ma racji Odwołujący twierdząc, że w art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy nie ma pojęcia termin, tak jak uczynił to ustawodawca w art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy, albowiem termin ten, choć wprost nie wyrażony, wynika z konieczności zgodności przekazania kopii z art. 184 ust. 2 ustawy. Ten zaś przepis stanowi o jednoczesności przekazania, a skoro jednocześnie, to w terminie do wniesienia odwołania, razem z nim. Dokonując w następnej kolejności wykładni celowościowej słowa „przekazać” użytego i 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. Oczywiście w przedmiotowej sprawie nie występuje sytuacja możliwości zawarcia umowy, albowiem nie upłynął jeszcze termin składania ofert. Jednakże ratio legis przepisu wynika z tego, że po upływie terminu do wniesienia odwołania Zamawiający może zawrzeć umowę na etapie po upływie składania ofert. Celem ustawodawcy było uniknięcie sytuacji, w której na skutek braku wiedzy o upływie terminu do wniesienia 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 zachowany zostałby 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 2003r. - Prawo pocztowe (Dz. U. Nr 130, poz. 1188 ze zm.) słowo „przekazać” należy utożsamiać z „doręczeniem”. Nie można więc przyjąć za słuszną interpretację, 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 - Prawo zamówień publicznych, gdyby przesłał Zamawiającemu kopię odwołania e-mailem lub faksem w wymaganym terminie.

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 dopuszczone z mocy art. 27 ustawy, w tej sytuacji niezależnie od miejsca siedziby wykonawcy możliwe jest zachowanie terminu dla przekazania kopii odwołania jak i nieskracanie 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. Biorąc pod uwagę, że dla zaistnienia podstaw odrzucenia wystarczy spełnienie tylko jednej z przesłanek z art. 187 ust. 4 ustawy Izba uznała, że rozpoznanie wniosku alternatywnego Zamawiającego o rozpoznanie wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy nie jest konieczne, a biorąc pod uwagę fakt, że czynności Przystępującego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami Zamawiającego, Izba orzeka w zakresie wniosków postawionych przez Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

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

10

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*

11