

POSTANOWIENIE
z dnia 1 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 01 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum wykonawców **Wiesława Brysia, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Wiesław Bryś, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BUDIMPEKS, ul. Żywiecka 136, 43-365 Wilkowice** oraz **Ryszarda Grabarczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Usług Wodno-Melioracyjnych WODMEL, Brzeźno Konińska 17, 62-513 Krzymów** od czynności podjętych w toku postępowania przez zamawiającego **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie, ul. Marsz. J. Piłsudskiego 22, 31-109 Kraków,**

przy udziale konsorcjum wykonawców **Zakład Melioracyjno-Budowlany WIR Wiesław Młynarczyk, Ryszard Biedroń sp. j., ul. Z. Augusta 12, 34-600 Limanowa** oraz **Przedsiębiorstwo WOD-KAN-MEL sp.j. Roman Sułkowski i Wspólnicy Sowliny 56, 34-601 Limanowa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **odrzuca odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Wiesława Brysia, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Wiesław Bryś, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BUDIMPEKS, ul. Żywiecka 136, 43-365 Wilkowice** oraz **Ryszarda Grabarczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Usług Wodno-Melioracyjnych WODMEL, Brzeźno Konińska 17, 62-513 Krzymów** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę **Wiesława Brysia, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Wiesław Bryś, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BUDIMPEKS, ul. Żywiecka 136, 43-365 Wilkowice oraz Ryszarda Grabarczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Usług Wodno-Melioracyjnych WODMEL, Brzeźno Konińska 17, 62-513 Krzymów,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** przez **Wiesława Brysia, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Wiesław Bryś, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BUDIMPEKS, ul. Żywiecka 136, 43-365 Wilkowice oraz Ryszarda Grabarczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Usług Wodno-Melioracyjnych WODMEL, Brzeźno Konińska 17, 62-513 Krzymów** na rzecz **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie, ul. Marsz. J. Piłsudskiego 22, 31-109 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie w dniu 24.03.2010 r., tj. po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 223, poz. 1778) do jego rozpoznania mają zastosowanie przepisy tej ustawy w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. (dalej „ustawa Pzp”).

Na podstawie § 38 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280) Izba stwierdziła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie w dniu 24.03.2010 r., do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy tego właśnie rozporządzenia.

Izba ustaliła nadto, że na podstawie § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41, poz. 238), wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie w dniu 24.03.2010 r. oraz wobec wniesienia odwołania w dniu 14 maja 2010 r. do rozpoznania przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy tego właśnie rozporządzenia, które weszło w życie z dniem ogłoszenia, tj. w dniu 17.03.2010 r., a zatem przed wniesieniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że Odwołujący - Wiesław Bryś, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Wiesław Bryś, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BUDIMPEKS, ul. Żywiecka 136, 43-365 Wilkowice oraz Ryszard Grabarczyk, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Usług Wodno-Melioracyjnych WODMEL, Brzeźno Konińska 17, 62-513 Krzymów nie przekazał kopii odwołania Zamawiającemu - Regionalnemu Zarządowi Gospodarki Wodnej w Krakowie, ul. Marsz. J. Piłsudskiego 22, 31-109 Kraków przed upływem terminu do jego złożenia.

Odwołanie zostało złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na Budowę umocnień koryta potoku Jachówka w km. 0+000-1+900 w m. Budzów, Jachówka, gm. Budzów, pow. suski, woj. małopolskie" o wartości szacunkowej zamówienia nie przekraczającej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący złożył odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez konsorcjum wykonawców konsorcjum wykonawców Zakład Melioracyjno-Budowlany WIR Wiesław Młynarczyk, Ryszard Biedroń sp. j., ul. Z. Augusta 12, 34-600 Limanowa oraz Przedsiębiorstwo WOD-KAN-MEL sp.j. Roman Sułkowski i Wspólnicy Sowliny 56, 34-601 Limanowa,
- 2) wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu,
- 3) odrzuceniu oferty Odwołującego,

zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) przywrócenie do postępowania Odwołującego w charakterze wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu postawione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 4) ponowne badanie i ocenę ofert przez Zamawiającego z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 5) wybór oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej..

Na odwołanie składało się łącznie 22 strony. Na stronie 5 (ostatniej) zasadniczej części odwołania odwołujący zamieścił wykaz pięciu załączników, z których załącznik nr 1 to „dowód uiszczenia wpisu” (str. 6), załącznik nr 2 to „pełnomocnictwo” (str. 7-8), załącznik nr 3 to kopia zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej Pana Wiesława Brysia oraz kopia zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej Pana Ryszarda Grabarczyka (str. 9-12), załącznik nr 4 to opinia w sprawie zakresu prac objętych listami referencyjnymi dla konsorcjum firm P.W. Budimpeks Wisław Bryś i Z.U.W-M Wodmel Ryszard Grabarczyk, zaświadczenie z Małopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa dla Pana Adama Ł. z dnia 2 grudnia 2009r., stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych budownictwie dla Pana Adama Ł. oraz zaświadczenie z 20.10.1987r. iż Adam Ł. jest rzeczoznawcą w zakresie budownictwa wodnego (str. 13-17), zaś załącznik nr 5 to kopia dowodu przekazania kopii odwołania Zamawiającemu (str. 18-22).

W treści zasadniczej odwołania, w jego uzasadnieniu Odwołujący podniósł między innymi, że: „(...) *Należy bowiem tutaj zauważyć, iż stopień trudności zapuszczania grodzicy w ramach wykonywania ścianki szczelnej na głębokość od 8 do 12 m, co miało miejsce w wykonywanych przez Odwołującego robotach, jest zdecydowanie większy, aniżeli ma to miejsce w przypadku wykonywania gurtu, gdzie grodzica zapuszczana jest na głębokość od*

2 do 3 m. Szczegółowa specyfika wykonania przedmiotowych robót zawarta jest w opinii w sprawie zakresu prac objętych listami referencyjnymi dla P.W. „BUDIMPEKS”, którą Odwołujący załącza do niniejszego odwołania”.

Na posiedzeniu Zamawiający oświadczył, że kopia odwołania, którą otrzymał od Odwołującego nie zawiera żadnego z pięciu załączników wskazanych w treści zasadniczej części odwołania, zaś Przystępujący wskazał, że w konsekwencji nie przekazania przez Odwołującego wszystkich załączników, Zamawiający a co za tym idzie także Przystępujący nie mógł zapoznać się z jego treścią, a co za tym idzie ustosunkować się do treści zgłaszanego dowodu.

Odwołujący podnosił, iż przekazał Zamawiającemu kopię całości odwołania tj. wraz z załącznikami wymienionymi w treści odwołania, jednak oświadczył, że nie dysponuje żadnym dowodem na tę okoliczność.

Na podstawie oryginału załącznika nr 5 do kopii odwołania okazanego na posiedzeniu przez Odwołującego (dowód przekazania kopii odwołania zamawiającemu), Izba ustaliła, że w dniu 14 maja 2010 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię odwołania, jednakże z prezentaty Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej umieszczonej na 1 stronie odwołania nie wynika, iż złożono również załączniki, gdyż pole „załączniki” na prezentacie jest puste. Na okoliczność tę wskazuje także fakt, że Zamawiający wykonując obowiązek przekazania kopii odwołania Przystępującemu przekazał mu faksem wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym jedynie 5 stron kopii odwołania (raport z transmisji faksu z którego wynika, że Przystępujący otrzymał od Zamawiającego jedynie 6 stron, znajdujący się w aktach sprawy). Powyższe okoliczności, w ocenie Izby, potwierdzają wykazanie przez Odwołującego przekazania Zamawiającemu jedynie zasadniczej treści odwołania (5 stron).

Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań odwołanie zawierać musi między innymi wykaz załączników. Zamawiający nie kwestionował, że nie otrzymał zasadniczej części odwołania, tj. stron 1 - 5, a zatem zapoznał się z wykazem załączników, o jakie Odwołujący poszerzył odwołanie, który - jak wskazano wyżej - ujęto na stronie 5 odwołania.

Zgodnie natomiast z § 4 ust. 2 w/w rozporządzenia obligatoryjnymi załącznikami odwołania są: dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości, dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu oraz odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, pełnomocnictwo albo inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego. W przypadku wniesionego przez Odwołującego odwołania wymienione elementy stanowiły odpowiednio załączniki nr 1, 5, 2-3.

Z powyższego wynika, że załącznik nr 4, który znalazł się w wykazie załączników na stronie 5 odwołania nie stanowi załącznika, o których mowa w § 4 ust. 2 w/w rozporządzenia.

Biorąc pod uwagę literalne brzmienie § 4 ust. 1 w/w rozporządzenia uznać należy, że wystarczającym jest wskazanie w treści odwołania, jakie załączniki Odwołujący dołącza do odwołania i przesłanie takiego odwołania do zamawiającego, ponieważ elementy w tym przepisie wskazane wyczerpują zawartość samego odwołania.

Ponieważ to nie załączniki "tworzą" treść odwołania, a jedynie ich wykaz, to stwierdzić należy, że przesłanie Zamawiającemu kopii odwołania bez załączników, o których mowa w § 4 ust. 2 w/w rozporządzenia jest prawidłowe i wystarczające do uznania, iż odwołujący uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Jednak w rozpoznawanej przez Izbę sprawie Odwołujący dołączył do odwołania inne jeszcze załączniki niż te, które wskazano w § 4 ust. 1 w/w rozporządzenia, tj. dołączył załącznik nr 4 - „opinia w sprawie zakresu prac objętych listami referencyjnymi dla konsorcjum firm P.W. Budimpeks Wisław Bryś i Z.U.W-M Wodmel Ryszard Grabarczyk, zaświadczenie z Małopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa dla Pana Adama Ł. z dnia 2 grudnia 2009r., stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych budownictwie dla Pana Adama Ł. oraz zaświadczenie z 20.10.1987r. iż Adam Ł. jest rzeczoznawcą w zakresie budownictwa wodnego (str. 13-17).

W ocenie Izby załączniki te, chociaż formalnie zostały wyodrębnione przez Odwołującego z części zasadniczej odwołania, stanowią element, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 8 w/w rozporządzenia („okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności”).

Stwierdzić przede wszystkim należy, że załącznik ten stanowił element merytorycznej zawartości odwołania, z którymi tak Zamawiający, jak i wszyscy potencjalni wykonawcy zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego mieli prawo i powinni byli się zapoznać, aby móc również na ich podstawie poznać pełne stanowisko i argumentację Odwołującego i odpowiednio do nich przygotować własne stanowisko i argumentację.

W ocenie Izby zakwalifikowanie na posiedzeniu przez Odwołującego załącznika nr 4 jako takiego, którego treść nie odbiega od treści korespondencji przekazanej uprzednio Zamawiającemu (pod względem merytorycznym i technicznym) nie może przesądzać o pozbawieniu Zamawiającego możliwości zapoznania się z informacjami wynikającymi i tego artykułu i ich własnej oceny przez zamawiającego. Co więcej wskazać należy, że Odwołujący w cytowanym powyżej fragmencie odwołania powołał się na argumentację zawartą w treści załącznika nr 4 (*„Należy bowiem tutaj zauważyć, iż stopień trudności zapuszczania grodzicy w ramach wykonywania ścianki szczelnej na głębokość od 8 do 12 m, co miało miejsce w wykonywanych przez Odwołującego robotach, jest zdecydowanie większy, aniżeli ma to miejsce w przypadku wykonywania gurtu, gdzie grodzica zapuszczana*

jest na głębokość od 2 do 3 m. Szczegółowa specyfika wykonania przedmiotowych robót zawarta jest w opinii w sprawie zakresu prac objętych listami referencyjnymi dla P.W. „BUDIMPEKS”, którą Odwołujący załącza do niniejszego odwołania”), pozbawiając Zamawiającego możliwości poznania argumentów prowadzących do takiego wniosku - twierdzenia.

Uwzględniając fakt, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono rozpoznawane przez Izbę odwołanie jest postępowaniem poniżej tzw. progów unijnych, wobec czego na podstawie przepisu art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp pięciodniowy termin na wniesienie odwołania oraz przesłania Zamawiającemu jego kopii upływał w dniu 17.05.2010 r. (16 maja 2010 r. niedziela- dzień ustawowo wolny od pracy) stwierdzić należy, że przekazanie zamawiającemu w dniu 14.05.2010 r. zubożonej, niepełnej treści odwołania, na którą w tym przypadku składał się również załącznik nr 4, oznacza, że Odwołujący nie dopełnił obowiązku wynikającego z przepisu art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

W konsekwencji tego zaniechania Odwołującego Izba jest zobligowana przepisem art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp do odrzucenia odwołania.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41, poz. 238). Działając na podstawie § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238) Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł, uznając za uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione przez niego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł, tj. kwocie określonej na podstawie przedłożonej na rozprawie faktury.

.....