

Sygn. akt KIO/UZP 1477/09

POSTANOWIENIE
z dnia 12 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 12 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **GMC Sp. z o.o., 28-200 Staszów, ul. Kościuszki 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Chmielnik, 26-020 Chmielnik, Plac Kościelny 5** protestu z dnia 11 września 2009 r.

przy udziale wykonawcy **EKOKANWOD Czyszczoń i Półtorak Spółka jawna, 28-136 Nowy Korczyn, ul. Farna 6** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę GMC Sp. z o.o., 28-200 Staszów, ul. Kościuszki 2 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę **GMC Sp. z o.o., 28-200 Staszów, ul. Kościuszki 2,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **GMC Sp. z o.o., 28-200 Staszów, ul. Kościuszki 2.**

Uzasadnienie

Zamawiający tj. Gmina Chmielnik prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy Chmielnik. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 sierpnia 2009 r. pod pozycją 128673-2009.

W dniu 4 września 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy EKOKANWOD Czystoczoń i Półtorak Sp. j. oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy GMC Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp. Jako powód wykluczenia wykonawcy GMC Sp. z o.o. Zamawiający podał nie wykazanie spełniania warunku doświadczenia. Zamawiający wyjaśnił również, iż nie wzywał wykonawcy do ponownego złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie ww. warunku z uwagi na fakt, iż oferta GMC Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, iż złożony przez wykonawcę Załącznik nr 5 zawiera inne wyliczenia rachunkowe poszczególnych zadań wchodzących w skład zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia niż podano w kosztorysie i formularzu ofertowym.

Ponadto, jak stwierdził Zamawiający, w ofercie GMC Sp. z o.o. przyjęto inny termin wykonania zamówienia tj. do dnia 31 października 2012 r., przy czym Zamawiający żądał w Dziale IV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wykonania zamówienia do dnia 31 stycznia 2011 r. – zadanie I i II, do dnia 31 stycznia 2012 r. – zadanie III oraz do dnia 31 października 2012 r. – zadanie IV.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca GMC Sp. z o.o. zwany dalej Odwołującym wnosząc w dniu 11 września 2009 r. protest, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp oraz pkt 5 i 5.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez błędne uznanie, że Odwołujący nie przedstawił

prawidłowego i wymaganego w Specyfikacji zamówienia w zakresie budowy sieci kanalizacyjnej długości minimum 10 km i wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto. Odwołujący podniósł, iż treść ww. pkt 5.1. Specyfikacji nie przewiduje obowiązku „samodzielnego” wykonania ww. zakresu robót i zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez stwierdzenie, że w złożonym przez niego kosztorysie ofertowym podano niezgodne z zestawieniami rzeczowo - finansowymi wartości, a tym samym naruszenie art. 91 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą cenowo. Odwołujący zwrócił uwagę na sprzeczność interpretacji Zamawiającego z postanowieniami Działu IV pkt 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdzie określono, że wymaganym dokumentem jest kosztorys ofertowy (szczegółowy). Z uwagi na powyższe Odwołujący uznał, iż zarzut Zamawiającego jest logicznie sprzeczny i stanowi o naruszeniu postanowień Działu IV pkt 3 Specyfikacji. Odwołujący dodatkowo zauważył, iż w zestawieniu rzeczowo – finansowym, z uwagi na zakresy chociażby robót elektrycznych, przecisków i naprawy dróg, nie jest możliwe dokładne zakwalifikowanie tych robót do konkretnego etapu, a które to roboty są konieczne i niezbędne oraz zostaną wykonane w ramach poszczególnych zadań, etapów prac i w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Odwołujący wyjaśnił, iż w Załączniku Nr 5 zastosował dane wynikające z kosztorysów ofertowych dotyczących kolektorów, przyłączy, sieci, przepompowni, podczyszczalni odcieków, nie wpisał jednak danych dotyczących naprawy i odbudowy dróg, przecisków i robót elektrycznych, ponieważ Zamawiający nie przewidział takich rubryk w zestawieniu, jednocześnie żądając ścisłego wypełnienia wzoru. Różnica kwotowa wynikająca z podsumowania zestawienia i załączonych kosztorysów ofertowych równa jest, jak wskazał Odwołujący, wartości prac związanych z naprawą i odbudową dróg, przeciskami oraz robotami elektrycznymi, co Zamawiający może stwierdzić analizując kosztorysy. Odwołujący podkreślił przy tym, iż podstawą wyceny jest kosztorys ofertowy, z którego wprost wynika oferowana przez wykonawcę wartość zamówienia.

W ocenie Odwołującego, wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący stwierdził, iż wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu.

Odwołujący nie zgodził się ze stwierdzeniem Zamawiającego w zakresie błędnego podania terminu realizacji zamówienia. Wyjaśnił, iż określił termin 31 października 2012 r. jako termin końcowy. Podkreślił, iż zaakceptował terminy wykonania poszczególnych części zadania parafując wzór umowy i treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zarzut ten jest tym bardziej nieuzasadniony, jak wskazał Odwołujący, że Zamawiający zastrzegł

w treści Specyfikacji, aby druk nr 1 został wypełniony zgodnie z załączonym wzorem, bez zmian, podczas gdy druk ten nie zawierał rubryk na wpisanie terminów poszczególnych etapów robót.

Wobec powyższego Odwołujący uznał decyzję Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia za bezzasadną.

Odwołujący wywiódł również, iż Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp rezygnując z ustalonych kryteriów oceny ofert i nie dokonując prawidłowej oceny ofert. Powyższe może, zdaniem Odwołującego, stanowić podstawę do unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie protestu, powtórzenie czynności oceny ofert i poddanie oferty Odwołującego ponownej merytorycznej ocenie, wykluczenie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza oraz o odrzucenie wybranej oferty jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ewentualnie o unieważnienie postępowania.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosił w dniu 17 września 2009 r. wykonawca EKOKANWOD Czystość i Półtorak Sp. j.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 18 września 2009 r. przez jego uwzględnienie w zakresie terminu realizacji zamówienia oraz oddalenie w pozostałej części.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wykazania spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu Zamawiający podniósł, iż na potwierdzenie wykonania sieci kanalizacyjnej o wartości minimum 5 000 000,00 zł i długości minimum 10 km Odwołujący wyszczególnił w Załączniku Nr 4 (str. 417 oferty) następujący zakres robót: „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej, który obejmuje wykonanie instalacji sieci wodociągowej - 44 661 mb i kanalizacyjnej 43 994,6 mb o łącznej długości 88 650 m, budowa zbiornika wyrównawczego wraz z technologią. Wartość robót 17 246 174 zł”. Załączone do oferty referencje (str. 421 oferty) potwierdzają wykonanie inwestycji pn. „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej wraz z oczyszczalnią ścieków dla gminy Kije” wspólnie przez Spółkę GMC i REM - WOD oraz jej całkowity koszt wykonania na kwotę 17 246 174,15 zł brutto. Wobec powyższego, jak oświadczył Zamawiający, nie jest możliwe uznanie, że spełniony został przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu. Jak stwierdził Zamawiający, nie może interpretować ani domniemywać z załączonych do oferty dokumentów (str. 417 i 421) ile wykonawca wykonał sieci kanalizacyjnej, na jaką wartość oraz czy wykonał te roboty należycie. W ocenie Zamawiającego, w sytuacji, gdy Odwołujący

wykonywał ww. inwestycję w konsorcjum, a w przedmiotowym postępowaniu występuje samodzielnie, nie może przypisywać sobie doświadczenia innych uczestników konsorcjum.

Oddalając zarzut dotyczący harmonogramu rzeczowo – finansowego Zamawiający zauważył, iż w treści przedmiotowego harmonogramu wykonania przedmiotu umowy podał ilości wykonania sieci wodociągowej i kanalizacyjnej, przyłączy, podczyszczalni oraz pompowni ścieków. Zdaniem Zamawiającego, wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji robót podobnych do przedmiotu zamówienia nie powinien mieć wątpliwości ani problemów z dokładnym zakwalifikowaniem wartości ww. robót do poszczególnych zadań wchodzących w skład zakresu rzeczowego. Dodatkowo, jak wskazał, nie umieścił w Specyfikacji postanowienia dotyczącego ścisłego wypełniania załączonego wzoru dokumentu, jakim było zestawienie rzeczowo-finansowe przedmiotu wykonania umowy.

Zamawiający podkreślił, iż prawidłowe wyliczenie poszczególnych zadań jest niezbędne w rozliczaniu zamówienia i wystawianiu przez wykonawcę faktur. Zamawiający, zgodnie z postanowieniem § 9 pkt 1 wzoru umowy, ustalił za wykonanie przedmiotu umowy wynagrodzenie kosztorysowe. Co więcej, zgodnie z treścią § 9 pkt 2 wzoru umowy, zobowiązał się do zapłaty faktur w trzech transzach: pierwsza po zakończeniu zadania I i zadania II, druga po zakończeniu zadania III i trzecia po zakończeniu zadania IV i zadania V.

Za nieudowodniony Zamawiający uznał zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu, zaś jego oferta podlegała odrzuceniu.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 23 września 2009 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz w dniu 25 września 2009 r. do Zamawiającego odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, mimo że odpowiada ona treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo iż jego oferta jest zgodna z ustawą Pzp.

Odwołujący podniósł, iż czynność odrzucenia przez Zamawiającego złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp została podjęta przez Zamawiającego z rażącym naruszeniem ww. przepisu, ponieważ treść oferty Odwołującego odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Istotną, w ocenie Odwołującego, jest okoliczność, iż Zamawiający nie wezwał i nie żądał od wykonawcy żadnych oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia w sposób prawidłowy

postępowania, zwłaszcza w przedmiocie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (art. 25 i 26 ustawy Pzp).

Za nieuzasadnione i sprzeczne z treścią Specyfikacji i ustawą Pzp uznał Odwołujący twierdzenia Zamawiającego o braku udokumentowania przez Odwołującego wymaganego doświadczenia – złożone referencje Odwołujący uznał za prawidłowe i potwierdzające spełnianie spornego warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego;
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił pismem z dnia 12 października 2009 r. wykonawca EKOKANWOD Czeszczoń i Półtorak Sp. j.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu, w związku ze złożonym przez Zamawiającego wnioskiem o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy Pzp, dokonała następujących ustaleń i zważyła, co następuje:

Odwołujący - GMC Sp. z o.o. otrzymał rozstrzygnięcie protestu dokonane przez Zamawiającego w dniu 18 września 2009 r., co zostało przyznane przez Odwołującego w treści odwołania i stanowi okoliczność bezsporną. Od ww. daty należy liczyć pięciodniowy termin na wniesienia odwołania, wskazany w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp (szacunkowa wartość zamówienia została określona przez Zamawiającego na kwotę 6 426 000,77 zł, co stanowi równowartość 1 657 424,56 euro, zatem nie przekracza kwot określonych dla robót budowlanych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp).

Na posiedzeniu Zamawiający oświadczył, iż kopię odwołania otrzymał pocztą w dniu 25 września 2009 r. Fakt ten znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania, gdzie znajduje się kopia odwołania z prezentatą Zamawiającego z ww. dnia. Jednocześnie Izba stwierdziła, iż Odwołujący do treści odwołania przekazanej Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych załączył dowód nadania kopii odwołania do Zamawiającego pocztą w dniu 23 września 2009 r. tj. w ostatnim dniu terminu. Odwołujący, nieobecny na posiedzeniu, a prawidłowo zawiadomiony o jego terminie, nie wykazał przekazania Zamawiającemu kopii odwołania inną drogą np. faksową w dniu 23 września 2009 r.

Izba zważyła, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym, zatem jego niedochowanie wiąże się z konsekwencjami w postaci odrzucenia odwołania. Izba stoi na stanowisku, że termin ten nie został dotrzymany w niniejszym stanie faktycznym. Należy zwrócić uwagę na znaczenie słowa „przekazać”. Zgodnie ze znaczeniem podanym w Nowym słowniku języka polskiego (Warszawa 2002 r.), oznacza ono „podać coś do czyjejs wiadomości, powtórzyć czyjeś polecenie, słowa”. Przekazanie zakłada zatem dotarcie oświadczenia, wiadomości do adresata. Określenie „jednocześnie” oznacza „w tym samym dniu”. Celem ww. regulacji jest zapewnienie zamawiającemu możliwości uzyskania wiedzy o skorzystaniu przez wykonawców ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, a tym samym wiedzy o tym czy protest został ostatecznie rozstrzygnięty.

Art. 184 ust. 2 ustawy Pzp nie zawiera co prawda dyspozycji, jaką zawiera w swej treści art. 180 ust. 2 ustawy Pzp tj. wypowiedzianego wprost wymogu, aby w terminie na wniesienie odwołania Zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią. Jednakże na taki sam skutek we wniesieniu odwołania wskazuje zdanie drugie ust. 2 art. 184, które stanowi, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Analogicznego skutku ustawa nie przewiduje dla nadania odwołania w placówce pocztowej do zamawiającego.

Powyższe stanowisko podzielił m.in. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 117/07) uznając, iż priorytetową sprawą przy przekazaniu kopii odwołania zamawiającemu jest cel, jakiemu ma służyć ta czynność. Celem tym jest jak najszybsze powzięcie przez zamawiającego wiadomości o zakończeniu bądź nie postępowania wywołanego protestem. W ocenie Sądu, o zachowaniu terminu na przekazanie kopii odwołania zamawiającemu i wywiązaniu się z obowiązku jednoczesności można mówić wtedy, gdy kopia odwołania dotrze do zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie. Odnosząc się do formy przekazania pisma przez jego nadanie w urzędzie pocztowym Sąd stwierdził, iż jest ona zastrzeżona wyłącznie dla czynności wniesienia odwołania, natomiast forma ta nie została przewidziana w przepisach ustawy dla powiadomienia zamawiającego o tej czynności przez przekazanie kopii odwołania, a zatem nie może być domniemywana.

Biorąc pod uwagę, iż przekroczony został termin wskazany w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

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

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 **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....