

POSTANOWIENIE
z dnia 8 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu **8 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2013 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K..... G..... z Grzybowa, L..... Ś..... z Grzybowa – współników spółki cywilnej pn. „Usługowy Zakład Ogólnobudowlany G..... K....., Ś..... L..... s.c.”**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Termomodernizacja budynków Szpitala Wojewódzkiego w Koszalinie* (nr postępowania TP-231/4/PN/82/2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika w Koszalinie**

przy udziale wykonawcy: J..... G..... Przedsiębiorstwo Budowlane „Jack Bud” z Poznania – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K..... G..... z Grzybowa, Leszka Świnieckiego z Grzybowa – współników spółki cywilnej pn. „Usługowy Zakład Ogólnobudowlany G..... K....., Ś..... L..... s.c.” i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejsze

Sygn. akt KIO 1562/13

postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika w Koszalinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Termomodernizacja budynków Szpitala Wojewódzkiego w Koszalinie* (nr postępowania TP-231/4/PN/82/2013)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 10 maja 2013 r. pod nr 185090-2013.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została określona przez Zamawiającego na kwotę 9.176.408,76 zł, co stanowi równowartość 2.186.942,03 euro.

18 czerwca 2013 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K..... G..... z Grzybowia, L..... Ś..... z Grzybowia – współnikom spółki cywilnej pn. „Usługowy Zakład Ogólnobudowlany G..... K....., Ś..... L..... s.c.” – informację zarówno o wyborze oferty najkorzystniejszej (złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane Jack-Bud J..... G..... z Poznania), jak i o wykluczeniu z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.

26 czerwca 2013 r. (pismem z 24 czerwca 2013 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy pzp czynności Zamawiającego, któremu zarzucił:

1. Naruszenie zasady równości oceny oferentów – przez dopuszczenie do udziału w przetargu ofert niespełniających podstawowych kryteriów wskazanych w SIWZ, wynikających z datowanej na 23 maja 2013 r. modyfikacji jej treści w dziale III, ust. 1, pkt 41, określającej w ppkt a) bezwzględny wymóg posiadania środków finansowych w wysokości co najmniej 5.000.000 zł albo posiadania bezwarunkowej zdolności kredytowej na dzień składania oferty, nie zaś zdolności warunkowej, możliwej do uzyskania przez wykonawcę w przyszłości, po spełnieniu dodatkowych warunków wynikających z regulaminu bankowego bądź oceny aktualnej sytuacji finansowej wykonawcy na przyszłość, tj. dzień ewentualnego udzielenia kredytu – w wyniku czego ocenie poddano wszystkie trzy oferty, w sytuacji gdy wymóg Zamawiającego w sposób formalny i rzeczywisty spełniał wyłącznie Odwołujący.

2. Brak wezwania o uzupełnienie danych dotyczących inżyniera kontraktu, pana M..... P....., pomimo pisemnego wezwania ze strony Odwołującego o uściślenie stanowiska Zamawiającego – w wyniku czego Odwołujący, nie uzyskawszy odpowiedzi zawierającej interpretację żądania, nie mógł prawidłowo uzupełnić zarówno opisu, jak i dokumentacji – co oznacza wybór oferty, pomimo braku właściwego oraz terminowego postępowania po stronie Zamawiającego.
3. Brak właściwej oceny funkcji, jaką w ramach inwestycji budowlanej pełni inżynier kontraktu – to jest funkcji utworzonej na potrzeby najbardziej skomplikowanych robót budowlanych realizowanych ze środków unijnych w ramach wydatkowania środków podlegających stałej kontroli, a formalnie traktowana przez normy FIDIC jako bardziej odpowiedzialna, wyższa hierarchicznie oraz szersza w zastosowaniu, tj. zawierająca już w swych uprawnieniach wszelkie dotychczasowe uprawnienia przynależne z mocy przepisów krajowych kierownikowi budowy – w wyniku czego Odwołujący dokonał wstępnej interpretacji braku potrzeby szczegółowego dokumentowania pełnienia przez pana M..... P..... zwykłych obowiązków kierownika budowy.
4. Błędne uznanie przez Zamawiającego, w wyniku braku analizy norm FIDIC, zaistnienia po stronie Odwołującego świadomej woli złożenia fałszywego oświadczenia w zamiarze umyślnym uzyskania w taki sposób wpływu na wynik przetargu, sprzecznie z wykładnią zamiaru umyślnego w stosowanych w Prawie zamówień publicznych analogicznie przepisach Kodeksu cywilnego oraz sprzecznie z wymogiem, aby taka ocena była zbieżna z warunkiem spełnienia znamion jednego z czynów zabronionych opisanych w kodeksie karnym, czego Zamawiający nie wykazał i wykazać nie mógł.
5. Naruszenie rygorów formalnych polegające na braku odpowiedzi na wezwanie Odwołującego o uściślenie wezwania do uzupełnienia oferty z 7 czerwca 2013 r. przez wskazanie pełnionych wcześniej przez panów A..... S..... oraz M..... P..... funkcji.
6. Pominięcie przy ocenie orzeczenia ETS w Luksemburgu z 13 grudnia 2012 r.
Odwołujący zarzucił, że powyższe postępowanie Zamawiającego narusza:
 1. Art. 24 ust. 3 ustawy pzp.
 2. Klauzule FIDIC i normę PN-ISO 6707-2:2000.
 3. Stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych odnośnie inżyniera kontraktu.
 4. Normy dyrektywy 2004/18/WE .
 5. Art. 87 ust. 2 ustawy pzp.
 6. Art. 200 ust. 2 pkt. 5 ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności, *które jako nieważne w świetle Ustawy skutkują obowiązkiem przeprowadzenia przetargu na nowo.*

Uzasadnienie odwołania zawiera uszczegółowienie dwóch zarzutów. Po pierwsze – zarzutu niewłaściwej oceny przez Zamawiającego, że dwóch wykonawców spełniło opisany w SIWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji finansowej. Po drugie – zarzutu bezpodstawności wykluczenia Odwołującego za złożenie nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

24 czerwca 2013 r. Odwołujący nadał powyższe odwołanie listem poleconym w Urzędzie Pocztowym w Kołobrzegu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, a jego kopię nadał w ten sam sposób do Zamawiającego.

25 czerwca 2013 r. Zamawiający przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w prowadzonym postępowaniu.

28 czerwca 2013 r. do Prezesa Izby wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez J..... G..... Przedsiębiorstwo Budowlane „Jack Bud” z Poznania.

Wobec ustalenia na podstawie treści złożonego odwołania oraz akt sprawy odwoławczej powyższych okoliczności, Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 10 maja 2013 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie 20 lutego 2013 r. ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 11 listopada 2012 r., poz.1271). Dla przedmiotowej sprawy istotniejsza jest jednak okoliczność, że w sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu uwzględniającym wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Art. 189 ust. 2 pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, zgodnie z przepisem art. 189 ust. 4 pzp. Jedną z podstaw odrzucenia odwołania wynikającą z przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp jest okoliczność wniesienia odwołania po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba stwierdziła zaistnienie tej przesłanki w rozpoznawanej sprawie.

Izba zważyła, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu wynikającego z art. 182 ust. 1 pkt 2 pzp, zgodnie z którym odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 pzp (to jest faksem lub drogą elektroniczną) – w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp.

Odwołujący wniósł bowiem odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 czerwca 2013 r., to jest 8 dnia od uzyskania 18 czerwca 2013 r. faksem od Zamawiającego informacji o wyniku postępowania i wykluczeniu z postępowania. Odwołujący potwierdził w swoim piśmie z 3 lipca 2013 r., że informację o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania otrzymał faksem 18 czerwca 2013 r. Jednocześnie wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia ustalona przez Zamawiającego jest poniżej tzw. progów unijnych.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 180 ust. 4 pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Jednocześnie w stosunku do dawnego przepisu art. 184 ust. 2 pzp, dotyczącego wnoszenia odwołań do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, obowiązujący aktualnie art. 180 ust. 4 pzp nie przewiduje, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem odwołania. Ustawodawca przesądził w ten sposób o utożsamieniu wniesienia odwołania z jego doręczeniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Musiała być to świadoma i celowa decyzja, skoro jednocześnie w ustawie pzp wprost zapisano, że złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego {od 1 stycznia 2013 r. operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe} jest równoznaczne z jej wniesieniem (art. 198b ust. 2 zd. 2 pzp). Tym samym, niezależnie od odmiennego poglądu Odwołującego zaprezentowanego w piśmie z 3 lipca 2013 r., nie ma podstaw prawnych do uznania, że z chwilą nadania odwołania listem poleconym 24 czerwca 2013 r. nastąpiło wniesienie odwołania do Prezesa Izby, gdyż faktycznie nastąpiło to dopiero z chwilą dotarcia tej korespondencji do adresata, dwa dni później.

Zbieżne stanowisko w zbliżonych stanach faktycznych było i jest konsekwentnie prezentowane w orzecznictwie Izby, w szczególności wskazać tu można na postanowienia wydane: 1 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1279/11), 9 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1382/10), 20

Sygn. akt KIO 1562/13

lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1424/10), 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1598/10), 17 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2201/11) czy 2 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1588/12).

Wobec stwierdzenia zajścia powyżej wskazanej przesłanki odrzucenia odwołania, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obowiązkowemu odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp. Wobec powyższego, Izba, działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie 2 w zw. z art. 189 ust. 3 zdanie 1 ustawy pzp – odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z przepisami § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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), obciążając Odwołującego tymi kosztami w postaci uiszczonego przez niego wpisu.

Przewodniczący: