

Sygn. akt: KIO 356/13

POSTANOWIENIE
z dnia 27 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 27 lutego 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2013 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A., ul. Wapienna 10, 87-100 Toruń w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Zarząd Dróg Powiatowych w Inowrocławiu, ul. Poznańska 384c, 88-100 Inowrocław,

przy udziale wykonawcy Drogi i Mosty H..... B....., ul. Pakoska 9, 88-100 Inowrocław zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A., ul. Wapienna 10, 87-100 Toruń i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A., ul. Wapienna 10, 87-100 Toruń tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynierskiego S.A. z Torunia [Odwołujący] w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Zarząd Dróg Powiatowych w Inowrocławiu na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), [dalej ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Przebudowa drogi powiatowej nr 2545 C JACEWO-OŚNISZCZEWKO”. Zdaniem Odwołującego w tym postępowaniu naruszony został art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a także art. 91 ust 1 ustawy Pzp, gdyż wybór wykonawcy nie został dokonany w sposób wypełniający przepisy ustawy prawo zamówień publicznych. Wskazując na powyższe wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności odrzucenia oferty Odwołującego, oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, na które składają się wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika, zgodnie z rachunkiem załączonym do odwołania. Wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów dołączonych do niniejszego odwołania, na okoliczność poparcia twierdzeń Odwołującego zawartych w niniejszym odwołaniu. Wykonawca podał również, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony, albowiem Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, a co za tym idzie Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. W uzasadnieniu odwołania wykonawca podał w szczególności, że jego oferta została odrzucona w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający uznał, że poz. 13 kosztorysu ofertowego „wyrównanie podbudowy betonem asfaltowym AC11 W - w ilości 6646,05 Mg” oraz poz. 16 kosztorysu ofertowego „wykonanie remontu cząstkowego wykruszeń krawędzi i ubytków w jezdni w ilości 100 Mg” zawierają ilości inne, niż ilości wskazane w dokumentacji projektowej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Drogi i Mosty H..... B..... z Inowrocławia [dalej Przystępujący],

który wniósł o oddalenie odwołania w całości. Przede wszystkim wykonawca stwierdził, że (...) w zakresie poz. 13, oraz poz. 16 - Odwołujący nie przedkładając w tej sprawie żadnych wyliczeń, które potwierdzałyby wykonanie zadania zgodnie z dokumentacją projektową, przy zachowaniu zakładanych przez Zamawiającego paramentów – dokonał nieuprawnionych zmian.

W odpowiedzi na odwołanie także zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, podnosząc w szczególności, że przed odrzuceniem oferty, w dniu 5 lutego 2013 r. - zgodnie z art.87 ustawy Pzp - zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących poz. 13 oraz poz. 16 i w odpowiedzi na to wezwanie - w wyjaśnieniach Odwołujący przedstawił wyłącznie kserokopię dokumentu ZDP - T/129/2013 z 25 stycznia 2013 roku, tj. pismo z pytaniami i odpowiedziami kierowanymi do Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W konkluzji stwierdził, że odnosząc powyższy stan faktyczny do obowiązujących przepisów Prawa zamówień publicznych zasadnie uznał, że oferta odwołującego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła zważyła, co następuje

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie – w toku postępowania odwoławczego po zamknięciu rozprawy, a przed ogłoszeniem wyroku - Izba ustaliła, że w niniejszym postępowaniu przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, których szacunkowa wartość nie przekracza kwoty ustalonej przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich tj. kwoty 4.845.000 euro. Izba ustaliła również, że powiadomienie o odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp zawarte w piśmie z dnia 11 lutego 2013 r. zostało przekazane fax – em,

w tym samym dniu - 11 lutego 2013 r., która to okoliczność została także przyznana przez Odwołującego w odwołaniu zawartym w piśmie z dnia 15 lutego 2013 r. Tym samym dla oceny skuteczności wniesienia odwołania przez wykonawcę, Izba – z urzędu - zobowiązana była w pierwszej kolejności uwzględnić przepis art. 189 ust.2 ustawy w związku art. 182 ust.1 pkt 2 tej ustawy. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że odwołanie z datą wpływu 18 lutego 2013 r. do Prezesa KIO wniesione zostało po upływie terminu wyznaczonego przepisem art. 182 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp - odwołanie można wnieść wyłącznie w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja o tej czynności została przekazana w sposób określony art. 27 ust. 2 ustawy Pzp – tj. tak jak w tym przypadku fax-em. W niniejszym postępowaniu odwoławczym, wobec powiadomienia w dniu 11 lutego 2013 r. o czynności odrzuceniu oferty wykonawcy, termin na wniesienie odwołania rozpoczynał bieg 12 lutego 2013 r. i upływał w dniu 16 lutego 2013 r. Wykonawca odwołanie zawarte w piśmie z dnia 15 lutego 2013 r. doręczył Zamawiającemu w tym samym dniu t.j.15.02.2013 r. Natomiast do Prezesa KIO przedmiotowe odwołanie zostało nadane - również w dniu 15 lutego 2013 r. - za pośrednictwem Pocztex - Kuriera Poczty Polskiej i jak wskazano powyżej doręczone w dniu 18 lutego 2013 r. Izba stwierdza, że wskazany termin 16 lutego 2013 r. upływał w sobotę, który to dzień w świetle art. 115 kc nie może być uznany za dzień ustawowo wolny od pracy w rozumieniu ustawy z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz. U. nr 4, poz. 28 ze zm.). Izba jednocześnie zwraca uwagę, że na gruncie obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych – po wejściu w życie nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) dla zachowania terminu na wniesienie odwołania konieczne jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ do Krajowej Izby Odwoławczej) w ustawowym terminie określonym w art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wynika to z braku w obecnie istniejących przepisach domniemania, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Taka regulacja wynikała z przepisu art. 184 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp we wcześniejszym brzmieniu (sprzed wskazanej nowelizacji). Skoro zatem ustawodawca zrezygnował z takiego

unormowania, jego celem musiał być powrót do ogólnej zasady doręczenia poprzez utożsamienie „wniesienia odwołania” z jego doręczeniem. Dla porównania należy wskazać, że inne unormowanie jest przewidziane dla wniesienia skargi na orzeczenie Izby (art. 198b ust. 2 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych) czy w art. 165 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego. Jednocześnie, jak wynika z § 2 ust. 3 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), wpis uznaje się uiszczony, jeżeli nastąpi wpłata lub zostanie obciążony rachunek bankowy odwołującego na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych. Tym samym wpis wpłacony 15 lutego 2013 r. został uiszczony w terminie i zgodnie z art. 187 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie podlega rozpoznaniu [nie zwrotowi], w tym wypadku odrzuceniu. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba zobowiązana jest odrzucić odwołanie, jeżeli zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Wobec ujawnionych okoliczności oraz stosując odpowiednio przepis art. 191 ust. 3 ustawy Pzp oraz 189 ust. 3 zdanie pierwsze tej ustawy, Izba w dniu 27 lutego 2013 r. otworzyła na nowo posiedzenie i uznając, że odwołanie stosownie do dyspozycji art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp należało odrzucić, postanowiła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy 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), które wymagają w § 3 przedłożenia stosownych rachunków.

Przewodniczący: