

Sygn. akt: KIO 2241/13

POSTANOWIENIE

z dnia 7 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Członkowie: **Renata Tubisz**

Bogdan Artymowicz

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **7 października 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **19 września 2013 r.** przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe „Wixbud” Sławomir M. Sp. j. Mirosław 22a, 09-492 Słupno**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Agencję Rewitalizacji Starówki „ARS” Sp. z o.o. ul. Stary Rynek 19, 09-400 Płock**,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe „Wixbud” Sławomir M. Sp. j. Mirosław 22a, 09-492 Słupno,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000,00 zł** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe „Wixbud” Sławomir M. Sp. j. Mirosław 22a, 09-492 Słupno** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Płocku**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „Budowę budynku mieszkalno-usługowego z parkingiem podziemnym wraz z wewnętrznymi instalacjami: elektryczną, wodociągową, kanalizacyjną, ciepłej wody użytkowej, centralnego ogrzewania, wentylacji, klimatyzacji zlokalizowanego w Płocku przy ul. Synagogałnej, na działce o numerze ewidencyjnym gruntu 1385/2, obiektu położonego na obszarze zespołu urbanistyczno-architektonicznego i warstw kulturowych miasta Płocka, wpisanego w dniu 16 listopada 1959 r. do rejestru zabytków dawnego województwa płockiego pod numerem 51/182/59 W - w zakresie pozostałym do wykonania po odstąpieniu od umowy z poprzednim wykonawcą" (BZP poz. 321992 z dnia 9.08.2013 r.), w dniu 19 września 2013 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe „Wixbud” Sławomir M. Sp. j. z siedzibą w Słupnie, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym, tj. 18 września 2013 r.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia za pośrednictwem faksu w dniu 9 września 2013 r. oraz przesyłką pocztową wysłaną dnia 6 września 2013 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania, odrzuceniu złożonej oferty i wyborze oferty wykonawcy: Przedsiębiorstwo Budowlane „ELMIR” z siedzibą w Płocku.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Agencji Rewitalizacji Starówki „ARS” Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm., dalej ustawa Pzp), tj.:

1) art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 45 ust. 2d Dyrektywy nr 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi poprzez:

a) błędne jego zastosowanie, polegające na wykluczeniu odwołującego od udziału w postępowaniu, mimo że nie spełnia on dyspozycji tej normy, dokonując jej wykładni z uwzględnieniem przesłanek zawartych w cytowanej powyżej Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady tj. przyjmując, iż niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zamówienia publicznego było następstwem poważnego wykroczenia wykonawcy będącego dowodem braku jego profesjonalizmu;

b) nieuwzględnienie, iż przyczyną odstąpienia od umowy przez zamawiającego nie było zawinione działanie wykonawcy, a przyczyny leżące po stronie zamawiającego tj.

konieczność zmiany przeznaczenia obiektu, z uwagi na brak kontrahentów na zakup lokali użytkowych;

c) błędne uznanie, iż ewentualna wina wykonawcy polegająca na poważnym naruszeniu zasad profesjonalizmu obciąża zarówno lidera konsorcjum jak i członka konsorcjum, niezależnie od zakresu wykonywanych przez nich czynności tj. błędne uznanie, że możliwe jest dokonanie przeniesienia przesłanki solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów, na grunt sankcji o charakterze karno-administracyjnym (wykluczenia z udziału w postępowaniu przetargowym).

Podnosząc powyższe odwołujący wnosil:

1) o nakazanie zamawiającemu unieważnienia w całości czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. uznanie, że w stosunku do niego nie zachodzi podstawa do wykluczenia, przewidziana w art. 24 ust 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych,

2) o zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia, załączenia do akt niniejszego postępowania i dopuszczenie dowodu ze znajdujących się w aktach postępowania X GC 39/13 SO w Łodzi X Wydział Gospodarczy:

- pisma z dnia 10 września 2010 r.;
- pisma z dnia 23 września 2010 r.;
- pisma z dnia 6 października 2010 r.;
- pisma z dnia 12 października 2010 r.;
- pisma z dnia 20 października 2010 r.;
- pisma z dnia 25 października 2010 r.;
- protokołów z narad (14-32);
- pisma z dnia 15 grudnia 2010 r.;
- pisma z dnia 22 grudnia 2001 r.;
- pisma z dnia 23 grudnia 2010 r.;
- pisma z dnia 24 stycznia 2011 r.;
- pisma z dnia 26 stycznia 2011 r.;
- pisma z dnia 2 lutego 2011 r.;
- pisma z dnia 5 lutego 2011 r.;
- protokołów z narad (33-47);
- pisma z dnia 31 marca 2011 r.;
- pisma z dnia 19 sierpnia 2011 r.;
- pisma z dnia 22 czerwca 2011 r.;
- pisma z dnia 30 czerwca 2011 r.;

- pisma z dnia 7 lipca 2011 r.;
- pisma z dnia 13 lipca 2011 r.;
- pisma z dnia 26 lipca 2011 r.;
- pisma nr ARS/1449/IN/2011 z dnia 2 września 2011 r.;
- pisma powódki z dnia 6 września 2011 r.;
- wniosku z dnia 31 stycznia 2012 r.;
- pisma pozwanej z dnia 17 lutego 2012 r.;
- informacji prasowych z dnia: 4 października 2011 r., 19 października 2011 r., 19 stycznia 2012 r. oraz 23 lutego 2012 r.;
- pisma z dnia 19 sierpnia 2011 r.;
- pisma z dnia 26 lipca 2011 r.;
- pisma z dnia 9 sierpnia 2011 r.

wszystkich na okoliczność przyczyn odstąpienia od umowy nr 89/ARS/IN/2010 z dnia 22 marca 2010 r. i ustalenia, że przyczyny te nie były następstwem poważnego wykroczenia będącego dowodem braku profesjonalizmu po stronie odwołującego.

3) o dopuszczenie dowodu z załączonej do niniejszego pisma kserokopii umowy o wykonanie robót budowlanych Nr 89/ARS/IN/2010 na okoliczność treści umowy, w szczególności warunków odstąpienia od umowy (...),

4) o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania następujących świadków:

- a) Marcina D., kierownika robót budowlanych Vectra S.A.,
Piotra L., kierownika projektu Vectra S.A,
- c) Aleksandra H., koordynatora robót elektrycznych,
- d) Konrada W., kierownika robót sanitarnych,
- e) Elżbiety O., kierownika ds. inwestycji,
- f) Iwony W.,
- g) Tomasza K., projektanta br. Architektonicznej,
- h) Marii N., projektanta br. Sanitarnej,
- i) Leszka M., inspektora nadzoru br. Budowlanej,
- j) Janusza S., inspektora nadzoru br. sanitarnej,
- k) Edwarda O., inspektora nadzoru br. elektrycznej,
- l) Jarosława P.,

- wszystkich na okoliczność zmiany zakresu robót realizowanych w oparciu o umowę nr 89/ARS/IN/2010 z dnia 22 marca 2010 r. i przyczyn odstąpienia od umowy przez zamawiającego, a w stosunku do Iwony W. dodatkowo na okoliczność braku najemców lokali użytkowych budynku Synagogałna Office Center posadowionym w Płocku przy ul. Synagogałnej 4.

5) ponadto wnosił o zobowiązanie zamawiającego do udzielenia odpowiedzi na pytania postawione we wniosku z dnia 23 stycznia 2012 r. tj.: ile zamawiający zawarł umów najmu, sprzedaży lub przedwstępnych umów sprzedaży na lokale użytkowe w budynku Synagogałna Office Center budowane w Płocku przy ul. Synagogałnej, wg. stanu na dzień 2 września 2011 r. tj. odstąpienia od umowy nr 89/ARS/1N/2010 z dnia 22 marca 2010 r. i jaki procent pow. użytkowej wyżej wymienionego budynku stanowiły lokale użytkowe będące przedmiotem wyżej wymienionych umów.

6) wnosił także o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg załączonej faktury.

Odwołujący podał, że decyzję zamawiającego z dnia 6 września 2013 r. - ARS/1633/IN/2013 otrzymał Poczta tradycyjną - o wykluczeniu go z postępowania na roboty budowlane pod nazwą budowa budynku mieszkalno-usługowego z parkingiem podziemnym wraz z wewnętrznymi instalacjami: elektryczną, wodociągową, kanalizacyjną, ciepłej wody użytkowej, centralnego ogrzewania, wentylacji, klimatyzacji zlokalizowanego w Płocku przy ul. Synagogałnej (...) - w zakresie pozostałym do wykonania po odstąpieniu od umowy z poprzednim wykonawcą.

W podstawie prawnej tej decyzji zamawiający wskazał art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawo zamówień publicznych. Zamawiający ustalił również, że odwołujący był członkiem konsorcjum, „które wykonywało roboty budowlane związane z budową budynku przy ul. Synagogałnej 4 w funkcji biurowo-handlowej.”

Ponadto z uzasadnienia decyzji z 6 września 2013 r. wynika, że: *„Zamawiający we wrześniu 2011 r. odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z winy wykonawcy”*. Zamawiający nie wskazał ani dokładnej daty odstąpienia od umowy ani umowy, od której odstąpił z winy wykonawcy. Odwołujący przyjął, iż dotyczyło to umowy nr 89/ARS/IN/2010 z dnia 22 marca 2010 r. zawartej pomiędzy zamawiającym a konsorcjum firm składających się z Vectra S.A. z siedzibą w Płocku i Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowego „Wixbud” Sławomir M. Sp. Jawna, które było reprezentowane przez lidera konsorcjum tj. Vectra S.A. z siedzibą w Płocku.

dowód: kserokopia umowy o wykonanie robót budowlanych Nr 89/ARS/IN/2010

Odwołujący zarzucał, że zamawiający wykluczając go z udziału w postępowaniu, w bardzo lakoniczny sposób dokonał uzasadnienia przyczyn wykluczenia i przytoczył następujące okoliczności *„Wykonawca nie zrealizował w pełni całości przedmiotu zamówienia objętego umową. W zakresie niewykonania tejże umowy można zarzucić wykonawcy niesolidność, jaka winna cechować wykonawcę oraz brak profesjonalizmu, przez który należy rozumieć zachowanie lub postawę świadczącą o wykonywaniu umowy. Nie*

ulega bowiem wątpliwości, że brak realizacji podstawowych obowiązków ze strony wykonawcy, może być istotnym pogwałceniem warunków umowy, tak że wadliwość tego świadczenia może być kwalifikowana jako poważne wykroczenie zawodowe. Z pewnością stanowi to o braku staranności po stronie wykonawcy.”

Odwołujący nie zgodził się taką decyzją zamawiającego, czego skutkiem było wniesienie odwołania.

Odwołujący podał dalsze uzasadnienie dla przedstawionych zarzutów i wniosków.

W dniu 4 października 2013 r. (faksem) zamawiający wobec wniesienia odwołania udzielił pisemnej odpowiedzi w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, w której wnosił o odrzucenie odwołania, przedstawiając następującą argumentację.

„Odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano Usługowe „WIXBUD” Sławomir M. Sp. J. podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2013 poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, dodatkowo z ostrożności procesowej podnoszę, iż przedmiotowe odwołanie podlega oddaleniu ze względu na art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie jest postępowaniem o wartości mniejszej niż tzw. progi unijne (określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp), zatem zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp na czynność zamawiającego stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania, o której zamawiający informuje, 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, czyli faksem lub drogą elektroniczną albo w terminie 10 dni, jeżeli zostały przesłane w inny sposób niż faksem lub drogą elektroniczną.

Zgodnie z rozdziałem 9 siwz pkt 9.1 w prowadzonym postępowaniu oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy będą przekazywać pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania.

W przedstawionym stanie faktycznym zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania Odwołującego zostało przesłane listem poleconym do Odwołującego w dniu 6 września 2013 r., a doręczone w dniu 9 września 2013 r. Następnie, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, zawierające również informację o wykluczeniu z postępowania Odwołującego, zostało przesłane wszystkim wykonawcom faxem w dniu 9 września 2013 r.,

a także zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Izby w dniu 19 września 2013 r.

Należy wskazać, iż terminy na wniesienie odwołania, określone w art. 182 ustawy Pzp, mają charakter terminów zawitych. Orzecznictwo KIO w tym względzie jest całkowicie jednolite. Jak orzekła Izba w postanowieniu z dnia 6 czerwca 2011 r., KIO 1133/11 Termin w postępowaniu odwoławczym dla wniesienia odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu bez względu na przyczynę. Analogicznie w postanowieniach: z dnia 17 listopada 2010 r., KIO/UZP 2479/10, z dnia 23 lipca 2010 r., KIO/UZP 1472/10, z dnia 25 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1203/10, czy w postanowieniu z dnia 27 lutego 2008 r., KIO/UZP 133/08. Uchybienie terminowi na wniesienie odwołania skutkuje dla wnoszącego odwołania wygaśnięciem uprawnienia, a KIO zobowiązane jest odrzucić odwołanie wniesione z uchybieniem terminu. W świetle powyższego należy stwierdzić, iż odwołanie Odwołującego zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp. Gdyby przyjąć, iż termin na wniesienie odwołania liczymy od dnia 6 września 2013 r. (wysłanie Odwołującemu listem poleconym informacji o jego wykluczeniu) to zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 termin na wniesienie odwołania upływa 16 września 2013 r. (w 10 dniu, jeżeli zostało przesłane w inny sposób niż faksem lub drogą elektroniczną). Gdyby natomiast założyć, iż termin na wniesienie odwołania liczymy od dnia 9 września 2013 r. (wysłanie Odwołującemu faxem informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, zawierającej informację o wykluczeniu Odwołującego) to zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 termin na wniesienie odwołania upływa 14 września 2013 r. (w 5 dniu, jeżeli zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, czyli faksem lub drogą elektroniczną).

Na marginesie należy podkreślić, iż zgodnie z ustawą Pzp terminy na wniesienie odwołania liczymy od dnia przesłania informacji a nie od dnia dostarczenia. Potwierdza to postanowienie KIO z dnia 31 października 2011 r. sygn. akt KIO 2280/11, Art. 182 wskazuje jako początek biegu terminu na wniesienie odwołania fakt przesłania informacji, a zatem początkiem biegu terminu jest data wysłania informacji, a nie data doręczenia informacji odwołującemu. Z uwagi właśnie na przypadek posłużenia się innymi niż bezpośrednio formy komunikacji, takie jak faks czy droga elektroniczna, ustawodawca dla innego sposobu przekazania informacji wydłużył termin na wniesienie odwołania; czy też postanowienie KIO z dnia 20 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1491/11. Do regulacji o charakterze szczególnym należy przepis art. 182 ust. 1 pkt 2 p.z.p., który wprost stanowi, iż bieg terminu na wniesienie odwołania rozpoczyna się od dnia przesłania informacji o wyniku postępowania, a nie zapoznania się z jej treścią. Przepisy p.z.p. co do terminów na złożenie odwołania (art. 182 ust. 1 p.z.p.) rozróżniają terminy w zależności od tego, czy owa informacja zostanie

przesłana wykonawcy w sposób umożliwiający bezpośredni i szybki jej odbiór (faks, e-mail) - przewidując krótsze terminy, czy też w sposób, który oddali możliwość pozyskania informacji o czynności zamawiającego od momentu jej przesłania (poczta) - przewidując dłuższe terminy.

Reasumując, odwołanie podlega odrzuceniu, gdyż zostało wniesione po upływie terminu określonego ustawą.

Na uwagę zasługuje również fakt, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w dniu 18 września 2013 r., zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosnie postanowienia składu orzekającego Izby dotyczącego przesłuchania Prezesa Zarządu w charakterze strony w odniesieniu do terminu i sposobu doręczenia Odwołującemu powiadomienia o wykluczeniu z postępowania uprzejmię wyjaśniam, co następuje. Zgodnie z art. 24 ust. 3 ustawy Pzp o wykluczeniu zamawiający informuje wykonawcę, niezwłocznie po podjęciu tej czynności, podając uzasadnienie prawne (wskazując odpowiedni przepis ustawy) oraz faktyczne okoliczności, które wypełniają przesłankę wykluczenia. Zatem, zamawiający postąpił zgodnie z procedurą określoną przepisami ustawy Pzp i niezwłocznie po wykluczeniu Odwołującego poinformował go wysyłając w dniu 6 września 2013 r. listem poleconym informację o wykluczeniu. Informacja ta, zawierająca zarówno uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia, znalazła się również w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej przesłanej wykonawcom faxem w dniu 9 września 2013 r. Zamawiający stoi na stanowisku, iż art. 24 ust. 3 ustawy dotyczy postępowań prowadzonych we wszystkich trybach, a art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy dotyczy jedynie trybów enumeratywnie w tym punkcie wymienionych. Zamawiający o fakcie wykluczenia Odwołującego poinformował nie tylko Odwołującego, ale wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty; wszystkim wykonawcom Zamawiający podał uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia Odwołującego, zatem zachował zasadę jawności postępowania oraz równego traktowania dając każdemu wykonawcy te same informacje dotyczące postępowania.

Oddalenie na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy PZP

Ustawa Pzp wyznacza przesłanki zasadności środków ochrony prawnej. Możliwość skutecznego wnoszenia środków odwoławczych uzależniona jest od jednoczesnego zaistnienia poniższych okoliczności.

- 1) naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy;*
- 2) posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia;*
- 3) poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez*

zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Niezaistnienie chociażby jednej z powyższych przesłanek powoduje, iż wykonawcy nie przysługuje odwołanie, co ma miejsce w niniejszej sprawie, gdyż Odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia to możliwość uzyskania zamówienia. W orzecznictwie co do zasady należy uznawać za ugruntowany pogląd o szerokim rozumieniu pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia. Przykładem tej linii orzeczniczej jest chociażby stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 11 lipca 2011 r., KIO 1389/11, gdzie wskazano, że „Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez odwołującego zamówienia. Przepis art. 179 ust. 1 stanowi o interesie w uzyskaniu „danego zamówienia”. Co do zasady interes ten ma charakter skonkretyzowany w odniesieniu do postępowania, w którym następuje wniesienie odwołania.” Należy zatem zgodzić się z linią orzeczniczą KIO, iż interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi "danego" zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony; które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2011 r., KIO 759/11). Odnosząc powyższe rozważania na grunt stanu faktycznego należy wskazać, iż w postępowaniu na roboty budowlane p.n.: Budowa budynku mieszkalno-usługowego z parkingiem podziemnym wraz z wewnętrznymi instalacjami: elektryczną, wodociągową, kanalizacyjną, ciepłej wody użytkowej, centralnego ogrzewania, wentylacji, klimatyzacji zlokalizowanego w Płocku przy ul. Synagogałnej, na działce o numerze ewidencyjnym gruntu 1385/2, obiektu położonego na obszarze zespołu urbanistyczno- architektonicznego i warstw kulturowych miasta Płocka, wpisanego w dniu 16 listopada 1959 roku do rejestru zabytków dawnego województwa płockiego pod nr 51/182/59 W - w zakresie pozostałym do wykonania po odstąpieniu od umowy z poprzednim wykonawcą jedynym kryterium była cena (zgodnie z rozdziałem 15 pkt 15.1 siwz). Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty:

- Oferta nr 1 złożona przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane „ELMIR” Przemysław N. ul. Strażacka 3/1 09-400 Płock z ceną brutto 3.886.764,97 zł*
- Oferta nr 2 Odwołującego z ceną brutto 4.090.488,17 zł.*

Zatem Odwołujący zaoferował cenę wyższą od ceny zaproponowanej przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Ponadto, nie zakwestionował w żaden sposób oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „ELMIR” Przemysław N. ul. Strażacka 3/1 09-400 Płock. Nawet gdyby uznać, iż nie zaistniała przesłanka do wykluczenia Odwołującego to i tak po przywróceniu jego oferty do postępowania wciąż zajmowałby drugie miejsce. Nie jest możliwe poniesienie przez wnoszącego odwołanie wykonawcę

szkody, o której stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż ewentualne uwzględnienie zarzutów z odwołania nie prowadziłoby w konsekwencji do udzielenia zamówienia na rzecz Odwołującego. Odwołujący nie legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym odwołanie podlega oddaleniu bez merytorycznego rozpatrywania żądań i zarzutów w nim podniesionych.

Izba na posiedzeniu z udziałem stron ustaliła, co następuje.

W SIWZ - rozdział 9 Informacja o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, zamawiający postanowił, iż:

Punkt 9.1. W prowadzonym postępowaniu oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy będą przekazywać pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną.

Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania.

Postanowienia powyższe stanowią powtórzenie dyspozycji art. 27 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie żądał potwierdzenia otrzymania przez odwołującego informacji o wykluczeniu z postępowania przekazanej za pośrednictwem telefaksu.

Zamawiający w dniu 6 września 2013 r. wysłał do odwołującego przesyłką poleconą zawiadomienie datowane 6 września 2013 r. znak: ARS/1633/IN/2013 o wykluczeniu wykonawcy z postępowania z przedstawieniem uzasadnienia podjętej czynności, którego odbiór odwołujący potwierdził w dniu 9 września 2013 r.

W dniu 9 września 2013 r. zamawiający ze swojego numeru telefaksu 024 367 68 50 na numer faksu odwołującego 24 2666010, który został ustalony przez pracownika zamawiającego, i który jak wynika z samej treści odwołania należy do odwołującego - ponownie przesłał tą drogą zawiadomienie datowane 6 września 2013 r. znak: ARS/1633/IN/2013 o wykluczeniu z odwołującego z postępowania.

Ponadto, podczas tej samej transmisji, zamawiający przesłał także informację z dnia 9 września 2013 r. ARS/1639/IN/2013 o wyborze oferty najkorzystniejszej, zawierającą następujące stwierdzenie: *„Wykonawca który złożył ofertę nr 2 został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu*

okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe „Wixbud” Sławomir M. Sp. J. (...) było członkiem konsorcjum, które wykonywało roboty budowlane związane z budową budynku przy ul. Synagogałnej 4 w funkcji biurowo-handlowej. Zamawiający we wrześniu 2011 r. odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z winy wykonawcy. W momencie odstąpienia, (które miało miejsce na 4 dni przed upływem terminu umownego) zaawansowanie robót budowlanych nie osiągnęło 50%. Tak więc spełnione zostały wszystkie przesłanki określone przez ustawodawcę w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp.”

Okoliczności powyższe poświadczają dowody: potwierdzenie transmisji faksu z dnia 9 września z określeniem, iż przekazano 5 stron, tj. ilość stron taką – jaka obejmuje łącznie wyżej opisane 2 zawiadomienia. Czas transmisji wynikający z potwierdzenia – wynosił 1 minutę i 54 sekundy. Przesłuchany w charakterze strony Prezes Zarządu zamawiającego pan Jacek Koziński - w pełni potwierdził ustalony przez Izbę przebieg zdarzeń, związanych z doręczeniem odwołującemu powiadomień o wyniku postępowania, w tym o wykluczeniu odwołującego z przedmiotowego postępowania.

W oparciu o powyższe dowody Izba uznała, że zamawiający powiadomił odwołującego o wykluczeniu go z postępowania, także za pośrednictwem faksu w dniu 9 września 2013 r.

Za okoliczność przyznaną – skoro odwołujący załączył do odwołania przesłaną mu w dniu 9 września faksem informację z dnia 9 września 2013 r. ARS/1639/IN/2013 o wyborze oferty najkorzystniejszej - Izba uznała, że tym samym został powiadomiony o wykluczeniu z postępowania, bez względu na to, iż zawiadomienie to nie przedstawiało pełnego uzasadnienia tej czynności.

Okolicznością bezsporną pozostawało, że postępowanie przetargowe prowadzone było w procedurze poniżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W takiej sytuacji art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp dopuszcza wniesienie odwołania na czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia oraz na odrzucenie oferty odwołującego. Wniesione odwołanie dotyczy właśnie takich czynności.

Jednakże należało zważyć, iż z mocy art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp 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 ustawy (faks, e-mail), albo w terminie 10 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób (korespondencją listową) - w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Istotne przy tym jest wskazanie ustawy, że termin ten liczony jest od daty przesłania informacji, a nie od daty jej otrzymania, jak przyjął odwołujący.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie złożone dnia 19 września 2013 r. zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Nawet gdyby przyjąć, iż termin na wniesienie odwołania należałoby liczyć od daty przesłania przesyłki listowej, czyli od 6 września 2013 r., to upłynął on bezskutecznie w dniu 16 września 2013 r. (poniedziałek).

Gdyby zaś przyjąć prawidłowo, iż skuteczne było powiadomienie faksem w dniu 9 września 2013 r. o czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i zawarte dodatkowo w informacji z dnia 9 września 2013 r. ARS/1639/IN/2013 o wyborze oferty najkorzystniejszej przesłanej także w tym dniu za pośrednictwem faksu - co odwołujący przyznał - termin na wniesienie odwołania upłynął bezskutecznie w dniu 14 września 2013 r.

Okoliczność, iż zawiadomienie to – o wyniku postępowania nie zawierało pełnego uzasadnienia kwestionowanej czynności zamawiającego nie miała istotnego znaczenia dla zachowania terminu zaskarżenia samej czynności zamawiającego – mogła jedynie wpływać na treść zarzutów i argumentację uzasadnienia odwołania.

Ponadto, jak wskazano wyżej postępowanie dowodowe potwierdziło, że odwołujący otrzymał powiadomienie o wykluczeniu go z postępowania także faksem w dniu 9 września 2013 r.

W przypadku stwierdzenia, że odwołanie zostało złożone po upływie terminu określonego w ustawie, Izba zobligowana jest do jego odrzucenia w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi że Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity i jego bezskuteczny upływ powoduje wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do skorzystania z tego środka ochrony prawnej.

W przypadku odrzucenia odwołania podnoszone zarzuty merytoryczne Izba pozostawia bez rozpatrzenia.

Ustalenia dokonane przez Izbę dały podstawy do stwierdzenia, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w ustawie, zatem Izba orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 (zdanie 2) ustawy Pzp - o jego odrzuceniu.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł tytułem uiszczanego wpisu na podstawie § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....