

Sygn. akt: KIO 1025/11

POSTANOWIENIE
z dnia 23 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący- członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 23 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego dnia **17 maja 2011 r.** przez wykonawcę: **Andrzeja Mizerny Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „BETON-KRAFT" Andrzej Mizerny, ul. Grzybowa 52, 21-500 Biała Podlaska,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie, ul. Turystyczna 7a, 20-207 Lublin.**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. kosztami postępowania w kwocie 10 000,00 zł. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) obciąża odwołującego: Andrzeja Mizerny Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „BETON-KRAFT" Andrzej Mizerny, ul. Grzybowa 52, 21-500 Biała Podlaska,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Andrzeja Mizerny Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „BETON-KRAFT" Andrzej Mizerny, ul. Grzybowa 52, 21-500 Biała Podlaska.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i art. 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Lublinie.**

Przewodniczący

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Rozbiórkę istniejącego mostu i budowę przepustu w ciągu drogi wojewódzkiej Nr 698 Siedlce - Terespol w km 101+488,70 w Terespolu - Błotkowie,” wszczętym ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1 poz. 102439 z dnia 31.03.2011 r., w dniu 17 maja 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę: Andrzeja Mizerny Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „BETON-KRAFT” Andrzej Mizerny z siedzibą w Białej Podlaskiej, w kopii przekazane zamawiającemu 16 maja 2011 r.

Odwołanie zostało wniesione na czynność wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia złożonej oferty, a także na zatrzymanie wadium.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Lublinie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), tj.: art. 7 ust. 1,3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 91 ust 1, art. 46 ust 1, art.181 ust. 2 tej ustawy oraz postanowień rozdziału XIII SIWZ, przez:

- 1) odrzucenie złożonej oferty pomimo, że była najbardziej korzystna finansowo oraz prawidłowo sporządzona,
- 2) wybranie jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Mariana Wojtiuka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe TRANSBET ul. Grzybowa 52a 21-500, Biała Podlaska jako drugiej pod względem ekonomicznym,
- 3) skierowanie do Towarzystwa Ubezpieczeń UNIQA w Białej Podlaskiej roszczenia w sprawie zapłaty kwoty wadium w wysokości 11 000,00 złotych powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pomimo że została uzupełniona dokumentacja oferty na wezwanie zamawiającego.

Wskazując na posiadanie interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz poniesienie szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp z powodu uniemożliwienia pozyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, pomimo złożenia najkorzystniejszej oferty, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu złożonej oferty,
- 2) dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty odwołującego,

Ponadto wnosił o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania powziął w dniu 13 maja 2011 r. Zdaniem odwołującego, termin na wniesienie odwołania wynikający z art. 182 ust. 1

pkt. 2 ustawy Pzp został zachowany. Odwołanie zostało wniesione w następujących okolicznościach faktycznych. Zamawiający pismem z dnia 21 kwietnia 2011 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentacji oferty - do dnia 29 kwietnia 2011 r., ponieważ ze złożonych dokumentów nie wynikało, że p. Krzysztof Jaroszuk - kierownik budowy posiadający uprawnienia mostowe, posiada doświadczenie w pracy na minimum trzech zadaniach polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie obiektów mostowych na stanowisku kierownika budowy/robót oraz w przypadku wskazania innej, przewidzianej do realizacji zadania osoby, należało dołączyć nowy załącznik G – „Wykaz osób” oraz załącznik H - „Oświadczenie o posiadaniu wymaganych uprawnień.” Ponadto zamawiający stwierdził, że z przedstawionych referencji nie wynikało, że wskazane roboty obejmują budowę przepustów łukowych powłokowo-gruntowych z blach falistych. W dniu 28 kwietnia 2011 r. odwołujący złożył w siedzibie zamawiającego uzupełnienie dokumentacji, a w szczególności:

- uprawnienia nowej osoby na stanowisku kierownika budowy p. Stanisława Struka wraz zobowiązaniem do współpracy datowane na dzień 26 kwietnia 2011 r.,
- załącznik G oraz H wraz z uprawnieniami budowlanymi i doświadczeniem zawodowym na min. 3 zadaniach mostowych p. Stanisława Struka - z datą bieżącą,
- uzupełnienie do 2 referencji na roboty budowlane branży mostowej z dnia 20 kwietnia 2011 r. i 26 kwietnia 2011 r., ze szczegółowym wyszczególnieniem wykonanych robót mostowych, potwierdzające spełnienie warunków stawianych w SIWZ, tj. budowę przepustów łukowych, powłokowo-gruntowych z blach falistych w ilości 2 zadań.

Zamawiający pismem z dnia 9 maja 2011 r. uznał wszystkie dokumenty z podaną datą ich wystawienia, oprócz zobowiązania p. Stanisława Struka, opatrzonych datą 26 kwietnia 2011 r., stwierdzając że jest wadliwe i na tej podstawie odrzucił ofertę odwołującego - jako niezgodną z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Ponadto zamawiający wystąpił do Towarzystwa Ubezpieczeń S.A. w Białej Podlaskiej z roszczeniem zwrotu kwoty wadium w wysokości 11 000,00 złotych powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący w piśmie z dnia 13 maja 2011 r. skierowanym do zamawiającego, wskazywał że podjęte czynności są dla niego krzywdzące i niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Powołując się na wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 5 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 2/07), orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.02.2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1860/09), argumentował, że skoro jako wykonawca posiada możliwość wykonania zamówienia, to nie ma znaczenia, że dokumenty potwierdzające ten fakt na dzień otwarcia ofert, zostały wystawione po tej dacie. Odwołujący stwierdził, że w doświadczeniu zawodowym p. Stanisława Struka w okresie od. 15.04.2011 do 26.04.2011 roku nic się nie zmieniło.

Również roszczenie o zapłatę wadium, poczytał odwołujący za błąd zamawiającego -

ponieważ zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy Pzp, po wezwaniu uzupełnił dokumentację przetargową w dniu 28 kwietnia 2011 r.

Rozpatrując sprawę na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, w trybie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało złożone w postępowaniu, które zamawiający oznaczył w sekcji II pkt 6.6 ogłoszenia, jako dotyczące wartości 1 102 437,19 PLN netto, zamówienia - nie przekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z tych względów było ono dopuszczalne, jak stanowi art. 180 ust. 2 tej ustawy wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Bezsprzecznie odwołujący wniósł odwołanie na czynności wykluczenia z postępowania i odrzucenia złożonej oferty. Cytowany przepis legitymuje do korzystania z odwołania, w przypadku kwestionowania ww. czynności zamawiającego.

W sekcji IV.4.16 ogłoszenia zawarta jest dyspozycja, że oświadczenia, wnioski zawiadomienia oraz informacje zamawiający oraz wykonawcy przekazują za pomocą faksu na nr (81) 749-53-41 lub (81) 749-53-77 lub drogą elektroniczną na podany adres.

W odpowiedzi na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2011r. o wskazanie:

- 1) terminu przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącego podstawę wniesienia odwołania (wraz z dokumentem potwierdzającym ten termin),
 - 2) sposobu w jaki ww. informacja została przesłana,
- odwołujący udzielił odpowiedzi faksem w dniu 18 maja 2011 r. załączając kopię pisma z dnia 9 maja 2011 r. zawiadamiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania, przesłanego faksem w dniu 10 maja 2011 r. opatrzoną adnotacją odręczną odwołującego – „otrzymałem i zapoznałem się z treścią dnia 13 maja 2011 r.,
- zamawiający udzielił odpowiedzi za pośrednictwem faksu w dniu 20 maja 2011 r., w której stwierdził, że pismo z dnia 9 maja 2011 r. przesłał faksem w dniu 10 maja 2011 r. na podany przez odwołującego nr 083 343-25-83. Na dowód zamawiający załączył raport transmisji

faksu z tego dnia.

Przepis art. 180 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, iż odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Z kolei przepis art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zawiadomienia zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp (tzn. faksem lub elektronicznie), albo w terminie 10 dni jeżeli zostały przesłane w inny sposób (np. pisemnie) – w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Okolicznością bezsporną i potwierdzoną dowodami: pismem z nagłówkiem daty nadania faksu oraz raportem transmisji faksu, jest że zamawiający przesłał powiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego w dniu 10 maja 2011 r.

Należało zważyć, że nowelizacją z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), ustawodawca określił terminy do wnoszenia odwołania liczone od daty „przesłania” informacji stanowiącej podstawę wniesienia odwołania, (w niniejszym postępowaniu w terminie 5 dni) jeżeli informacja ta została przesłana faksem lub drogą elektroniczną. Zatem w obecnym stanie prawnym okoliczność kiedy wykonawca zapoznał się z treścią tak przesłanego pisma pozostaje bez znaczenia dla terminu wniesienia odwołania. Skoro bezsprzecznie z dokumentów wynika, że powiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego zostało „przesłane” w dniu 10 maja 2011 r., to 5-dniowy termin na wniesienie odwołania liczony zgodnie z art. 111 § 2 K.c. i art. 115 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp upływał w dniu 16 maja 2011 r.

Przepis art. 198 ust. 2 ustawy Pzp, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, w przypadku stwierdzenia, że zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w tej normie. Nawet, gdy odwołanie jest dopuszczalne z uwagi na treść zarzutu, to należało zważyć, iż zostało wniesione z uchybieniem terminu, gdyż zgodnie z art. 180 ust. 4 ustawy Pzp w związku z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej izby Odwoławczej w formie pisemnej lub drogą elektroniczną, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej udostępnianej na stronie internetowej: www.uzp.gov.pl. w terminie wyznaczonym w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Termin do wniesienia odwołania ma charakter zawity. Wniesienie odwołania po terminie powoduje jego odrzucenie na podstawie 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.

Przesłanki odrzucenia odwołania Izba ustala z urzędu. Zaistnienie podstawy określonej art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, bez merytorycznego rozpatrywania zgłoszonych zarzutów i żądań.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym, bez udziału stron, na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do regulacji zawartej w § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydane na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Zgodnie 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) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uiszczony wpis w danej sprawie.

Przewodniczący:

.....