

Sygn. akt: KIO/UZP 440/09

POSTANOWIENIE

z dnia 17 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata
Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 17 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: PETRO MECHANIKA S.A., Płock, ul. Chemików 7, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD – Przemysłówka Sp. z o.o., Bydgoszcz, ul. Biskupińska 11 i SPORT HALLS Sp. z o.o., Wrocław, ul. Komuny Paryskiej 57/15** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Płock, Płock, Stary Rynek 1** protestu z dnia 18 marca 2009 r.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: PETRO MECHANIKA S.A., Płock, ul. Chemików 7, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD – Przemysłówka Sp. z o.o., Bydgoszcz, ul. Biskupińska 11 i SPORT HALLS Sp. z o.o., Wrocław, ul. Komuny Paryskiej 57/15 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum firm: PETRO MECHANIKA S.A., Płock,**

ul. Chemików 7, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD – Przemysłówka Sp. z o.o., Bydgoszcz, ul. Biskupińska 11 i SPORT HALLS Sp. z o.o., Wrocław, ul. Komuny Paryskiej 57/15,

- 2) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: PETRO MECHANIKA S.A., Płock, ul. Chemików 7, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD – Przemysłówka Sp. z o.o., Bydgoszcz, ul. Biskupińska 11 i SPORT HALLS Sp. z o.o., Wrocław, ul. Komuny Paryskiej 57/15.**

Uzasadnienie

Zamawiający tj. Gmina Miasto Płock prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę hali sportowo – widowiskowej przy placu Celebry w Płocku. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 grudnia 2008 r. pod numerem 2008/S 239-317706.

W dniu 9 marca 2009 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: VECTRA S.A. i BBR Polska Sp. z o.o. zwanego dalej Konsorcjum VECTRA.

W dniu 18 marca 2009 r. (pismem z dnia 17 marca 2009 r.) Konsorcjum firm: PETRO MECHANIKA S.A., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD – Przemysłówka Sp. z o.o. i SPORT HALLS Sp. z o.o. zwane dalej Konsorcjum PETRO lub Odwołujący wniosło protest na czynność Zamawiającego polegającą na przyjęciu do postępowania oraz wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum VECTRA jako najkorzystniejszej, mimo iż oferta ta powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z wymogami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Powyższe narusza, w ocenie Odwołującego, zasady udzielania zamówień publicznych. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 233, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, iż oferta złożona przez Konsorcjum VECTRA nie spełnia warunków i wymogów określonych w rozdziale V ust. 2 pkt 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący zauważył, iż jako zadanie spełniające warunek dotyczący zadaszania wykonanego jako podwieszona konstrukcja linowa o powierzchni co najmniej 3500m² Konsorcjum VECTRA wskazało zamówienie pod nazwą „Umocnienie skarpy wiślanej na odcinku od Hotelu Starzyński do Katedry wraz z budową Amfiteatru”. W liście referencyjnym dotyczącym tego obiektu wskazano powierzchnię membrany o wielkości 3830m² oraz powierzchnię zabudowy amfiteatru i zaplecza 3832m². Przywołane w liście referencyjnym proporcje pomiędzy podaną powierzchnią zabudowy a powierzchnią zadaszania obiektu z uwagi na istniejący budynek zaplecza technicznego o własnej konstrukcji dachowej są, w ocenie Odwołującego, niezgodne. Odwołujący poinformował, iż zwrócił się w dniu 11 marca 2009 r. z zapytaniem do architekt Magdaleny Sobisiak, pełniącej w czasie prowadzenia prac funkcję projektanta i kierownika pracowni projektowej Biura Archi-Line Sp. z o.o., z prośbą o podanie rzeczywistych powierzchni zadaszania, wynikających z dokumentacji projektowej. Zgodnie z obliczeniami dokonany przez architekta, powierzchnia membrany wraz z przestrzeniami pomiędzy segmentami

zadaszenia amfiteatru wynosi 3027,31m². Odwołujący poddał także w wątpliwość referencje terminowego wykonania budowy amfiteatru udzielone przez zastępcę Prezydenta Miasta Płocka, albowiem faktem znanym jest, jak stwierdził Odwołujący, iż zadanie to nie zostało ukończone w terminie, co negatywnie rzutuje na wiarygodność i solidność Wykonawcy.

Odwołujący wywiódł także, że wskazany przez Konsorcjum VECTRA budynek Zarządu PERN „Przyjaźń” S.A. w Płocku nie ma charakteru obiektu użyteczności publicznej, o którym mowa w § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r. Nr 75 poz. 690 z późn. zm.).

Odwołujący wniósł o unieważnienie decyzji o wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum VECTRA przez wykluczenie ww. Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, dokonanie powtórnego badania i oceny ww. oferty pod względem spełniania wymogów zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, odrzucenie ww. oferty jako nie spełniającej wymogów Specyfikacji, wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 23 marca 2009 r. przez jego oddalenie w całości. Zamawiający poinformował, iż zwrócił się do Konsorcjum VECTRA o wyjaśnienie na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Stwierdził, iż ww. Wykonawca złożył wyczerpujące wyjaśnienia wraz z zestawieniem powierzchni zadaszenia membranowego stanowiącym dowód spełniania warunku. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z definicją § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie przez budynek użyteczności publicznej należy rozumieć także budynek biurowy i socjalny. Zdaniem Zamawiającego, z dokumentów, jakie załączyło Konsorcjum VECTRA do swojego przystąpienia do postępowania toczącego się wyniku wniesienia protestu wynika, że w trakcie budowy budynku PERN „Przyjaźń” S.A. w Płocku zachowane zostały wszelkie parametry konieczne do budowy budynku użyteczność publicznej.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodziło się Konsorcjum PETRO, które wniosło w dniu 2 kwietnia 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 i art. 89 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentację przedstawioną w proteście.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości,

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum VECTRA przez wykluczenie ww. Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania oferty Konsorcjum VECTRA i jej oceny pod względem spełniania wymogów zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- przyznanie Odwołującemu od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, 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 otrzymał rozstrzygnięcie protestu dokonane przez Zamawiającego w dniu 23 marca 2009 r., zatem od tej daty należy liczyć dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania, wskazany w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu zostało nadane w placówce pocztowej do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i do Zamawiającego w dniu 2 kwietnia 2009 r., tj. w ostatnim dniu terminu. Odwołujący oświadczył również, iż w tym samym dniu, w godzinach pomiędzy 21 a 23 podjął nieskuteczne próby nadania treści odwołania drogą faksową. Odwołujący nie posiada dowodu na potwierdzenie powyższego. Odwołanie zostało skutecznie nadane faksem w dniu 3 kwietnia 2009 r., to jest po upływie ww. terminu. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, kopia odwołania wpłynęła do Zamawiającego w dniu 6 kwietnia 2009 r. Dowodu przeciwnego na tę okoliczność Odwołujący nie przeprowadził.

Należy zwrócić uwagę, 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. Zgodnie z Nowym słownikiem języka polskiego (Warszawa 2002 r.), słowo „przekazać” oznacza „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 ustawy Pzp, 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. Na powyższe wskazuje także treść art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym protest jest ostatecznie rozstrzygnięty jeżeli nie wniesiono odwołania – z upływem terminu do wniesienia odwołania.

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 poprzez przekazanie kopii odwołania, a zatem nie może być domniemywana.

Zasadność prezentowanego wyżej poglądu znajduje odzwierciedlenie w niniejszym stanie faktycznym, gdzie Zamawiający, po upływie dziesiątego dnia na wniesienie odwołania, nie powziawszy wiadomości o skierowaniu odwołania drogą pocztową i nieudanych próbach jego nadania drogą faksową, zawarł umowę z wykonawcą, którego ofertę wybrał jako najkorzystniejszą. Działanie Zamawiającego Izba uznała za w pełni uprawnione, bowiem Zamawiający zobowiązany jest wstrzymać się z zawarciem umowy nie dłużej niż do ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, którym w niniejszym stanie faktycznym jest, jak wskazano powyżej, upływ terminu do wniesienia odwołania. Nie otrzymawszy w terminie na wniesienie odwołania jego kopii miał prawo zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 postanowienia.

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 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Płocku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....