

Sygn. akt KIO/UZP 166/09

WYROK
z dnia 27 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk - Mazuś

Członkowie: Jolanta Markowska

Grzegorz Mazurek

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie ~~posiedzeniu~~ w dniu 26 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**PRO-BUD**”**S.A., 78-100 Kołobrzeg, ul. Św. Wojciecha 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Rewal, 72-344 Rewal, ul. Mickiewicza 19** protestu z dnia 3 lutego 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Andrzej Galicki Przedsiębiorstwo Usługowe „GALEX” Andrzej Galicki, 72-300 Gryfice, ul. Broniszewska 9** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania oferty Odwołującego i wykonania oceny tej oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Rewal, 72-344 Rewal, ul. Mickiewicza 19 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 „PRO-BUD”**S.A., 78-100 Kołobrzeg, ul. Św. Wojciecha 4,****

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Rewal, 72-344 Rewal, ul. Mickiewicza 19** na rzecz **„PRO-BUD”S.A., 78-100 Kołobrzeg, ul. Św. Wojciecha 4** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **„PRO-BUD”S.A., 78-100 Kołobrzeg, ul. Św. Wojciecha 4.**

U z a s a d n i e

Rozpoznawane odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa Sali Sportowej z boiskiem w Pobierowie, Gmina Rewal”.

Odwołujący - „PRO-BUD”S.A. z siedzibą w Kołobrzegu wniósł faksem w dniu 3.02.2009 r. protest (pismo również z dnia 3.02.2009 r.) i wobec odrzucenia protestu (pismo z dnia 6.02.2009 r. doręczone w tym dniu), jako wniesionego po upływie terminu na jego wniesienie, wniósł odwołanie w dniu 11.02.2009 r. (pismo z dnia 10.02.2009 r. złożone w placówce pocztowej operatora publicznego – Kołobrzeg 1).

Wnosząc środki ochrony prawnej zarzucił **Zamawiającemu – Gminie Rewal**, naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp.

1. W proteście:

art. 2 pkt 5, czym naruszył art. 91 ust.1 przez odrzucenie oferty Odwołującego, jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ i dokonanie wyboru oferty mniej korzystnej.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podał, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 26.11.2008 r. (l.dz. IE/341/26/05/08) złożył wyjaśnienia dotyczące dokumentów załączonych do oferty potwierdzających spełnianie warunków wskazanych w pkt. 10.10.8 oraz 10.10.10 SIWZ. W pkt 10.10.8 SIWZ -Wykaz wykonanych robót budowlanych – Zamawiający określił „(...)Wykonawca musi udowodnić, poprzez referencje lub inne dokumenty, należyte wykonanie minimum trzech obiektów budowlanych o powierzchni

zabudowy minimum 1000 m² każdy, w tym co najmniej dwóch sal sportowych lub hal sportowych”.

Przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (aktualna publikacja - Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) w art. 3 definiują pojęcie obiekt budowlany, przez który należy rozumieć: budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, budowlę stanowiącą całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami.

Przez pojęcie budynek należy przez rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Przez budowlę należy rozumieć każdy obiekt budowlany nie będący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak: (...) budowle sportowe, (...) jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową.

Składając ofertę Odwołujący spełnił wymagane w SIWZ warunki udziału w postępowaniu, gdyż zrealizowane i potwierdzone referencjami obiekty budowlane posiadają wymagane parametry, i tak:

- 1) Budowa Centrum Rekreacyjnego w Kołobrzegu, w tym hali i torów łuczniczych wraz z zapleczem jako obiekt budowlany, posiada powierzchnię zabudowy ponad 4900 m² -referencje (str. 39 złożonej oferty),
- 2) Budowa hali sportowej wraz z płytą boiska o wymiarach 36,0 x 19,0 m przy Szkole Podstawowej nr 6 w Kołobrzegu przy ul. Poznańskiej 9 jako obiekt budowlany, posiada powierzchnię zabudowy ponad 1100 m² (referencje (str. 40 złożonej oferty).

Ponadto na zadane przez Wykonawców pytanie dotyczące warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający udzielił odpowiedzi w dniu 12.11.2008 r. (l.dz.IE/341/26/02/08) oznaczonej jako odpowiedź na pytanie nr 2, z której wynikało, że Zamawiający określił warunek wykonania nie jakichkolwiek trzech obiektów o powierzchni zabudowy min.1.000 m² każdy, ale obiektów odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia.

Należy więc wykazać się doświadczeniem w wykonaniu minimum trzech obiektów budowlanych o powierzchni zabudowy minimum 1000 m² każdy, w tym co najmniej dwóch sal sportowych lub hal sportowych wykonanych od fundamentów do formalnego zakończenia budowy.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający oceniając oferty miał brać pod uwagę zrealizowanie **obektu budowlanego o powierzchni zabudowy, co najmniej 1000 m² każdy, a nie obiektu budowlanego w skład, którego wchodzi sala lub hala sportowa mająca powierzchnię zabudowy, co najmniej 1000 m².**

W piśmie zawiadamiającym o odrzuceniu oferty Odwołującego podana definicja **powierzchni zabudowy** odnosi się do budynku, **a nie do obiektu budowlanego**. Powołana

w piśmie norma nie jest powszechnie obowiązująca. W piśmie podpisanym przez Naczelnika Wydziału Budownictwa w Starostwie Powiatowym w Kołobrzegu, gdzie tylko jeden raz użyto określenia powierzchnia zabudowy, wskazano, że podana w referencji inwestycja posiada 788,32 m², a więc nie spełnia warunku minimum 1000 m².

Zdaniem Odwołującego decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty Andrzej Galicki PU „GALEX” Gryfice, jest niezasadna i stanowi naruszenie obowiązujących przepisów Pzp.

2. W odwołaniu:

art. 180 ust. 7 w zw. z ust. 2 przez odrzucenie protestu, jako wniesionego po upływie terminu na jego wniesienie, w sytuacji, gdy protest został wniesiony w terminie 7 dni od dnia zawiadomienia o odrzuceniu oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty doręczono w dniu 27.01.2009 r. W dniu 3.02.2009 r. wniósł protest na czynności Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty, a także na czynność nieprawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty. Protest został „dostarczony” faksem o godz. 14.35, w drodze e-mail o godz. 14.56 oraz pismo nadano w placówce pocztowej. W dniu następnym, tj. 4.02.2009 r. Zamawiający przekazał informację o niemożności odczytania załącznika do wiadomości przekazanej w drodze e-mail zawierającego treść protestu. Odwołujący przesłał ponownie protest. W dniu 6.02.2009 r. Odwołujący przesłał Zamawiającemu pismo, w którym skorygował ustalenia podając, że protest został wniesiony w dniu 3.02.2009 r. w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią.

W dniu 6.02.2009 r. Zamawiający doręczył Odwołującemu rozstrzygnięcie protestu, w którym stwierdził, iż protest odrzuca na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp, gdyż został wniesiony w dniu 3.02.2009 r. o godz. 15.35, a więc po godzinach pracy urzędu i w takiej sytuacji pismo otrzymuje datę wpływu dnia następnego, tj. 4.02.2009 r. Zamawiający podał, że siedmiodniowy termin upłynął w dniu 3.02.2009 r. o godz. 15.30, gdyż o tej godzinie urząd skończył pracę. Ponadto podał, że w SIWZ nie przewidziano komunikowania się przy użyciu faksu.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że wniósł protest również w formie przesyłki elektronicznej e-mail w dniu 3.02.2009 r. i Zamawiający miał w tym dniu możliwość zapoznania się z treścią protestu lub zgłoszenia Odwołującemu, że ze względów technicznych nie może odczytać jego treści. Wskazał, że faks Zamawiającego ma ustawioną opcję letnią czasu i argument Zamawiającego wskazujący godzinę 15.35 wpływu faksu jest nieprawdziwy.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu rozpatrzenia protestu, jako wniesionego w ustawowym terminie,
- 2) przesłuchanie świadka Ewy Braun – adres Odwołującego.

Zamawiający odrzucił protest podając, że został wniesiony w dniu 3.02.2009 r. o godz. 15.35, a więc już po godzinach pracy urzędu. Pismo zawierające treść protestu opieczetowano wskazując datę jego wpływu – 4.02.2009 r., w którym to dniu można było zapoznać się z treścią pisma przekazanego drogą elektroniczną. Wskazał, iż w pkt 7 SIWZ określono sposób porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami dopuszczając drogę pisemną lub elektroniczną. Drogą elektroniczną protest został wniesiony w dniu 4.02.2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie dowodów zawartych w aktach sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła, co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu – roboty budowlane, zamieszczone zostało w BZP rok 2008, pozycja 292593 z dnia 30.10.2008 r.

Wartość zamówienia wynosi 4 263 026 zł, co stanowi równowartość 1 099 539,86 euro.

Ze względu na wartość zamówienia mniejszą niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (dla robót budowlanych 5 150 000 euro) odwołanie, zgodnie z art. 184 ust. 1a, przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego czynności wymienionych w pkt 1–4 tego przepisu, a więc od min. wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia oferty (pkt 3 i 4), przy czym chodzi o wykluczenie z postępowania i odrzucenie oferty wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści SIWZ – brak wykazania posiadania doświadczenia w wykonywaniu zadań podobnych do przedmiotu zamówienia (zgodnie z pkt 10.10.8 SIWZ) – zawiadomienie z dnia 27.01.2009 r. nr IE/341/26/11/08, zatem odwołanie podlega rozpoznaniu w granicach określonych w art. 184 ust. 1a pkt 3 i 4 Pzp.

W pkt 7 SIWZ Zamawiający podał informację o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazał osobę uprawnioną do kontaktu z Wykonawcami.

Określił, że wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazują pisemnie lub drogą elektroniczną (zp@rewal.pl).

Strony zgodnie potwierdziły, że zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o wyborze oferty Przystępującego, jako najkorzystniejszej, doręczono Odwołującemu w dniu 27.01.2009 r. pocztą elektroniczną (pisma z dnia 27.01.2009 r. nr IE/341/26/11/08 i nr IE/341/26/12/08), zaś pisemne zawiadomienie doręczone przez pocztę – Odwołujący odnotował na piśmie datę jego wpływu jako datę 2.02.2009 r., natomiast Zamawiający okazał dowód z którego wynika, że zawiadomienie to doręczono Odwołującemu w dniu 1.02.2009 r. (potwierdzenie odbioru).

Protest został nadany faksem w dniu 3.02.2009 r. o godz. 14.34 na nr faksu 91 38682192 (ośmiocyfrowy numer). Zamawiający potwierdził wpłynięcie protestu pieczętą z datą 4.02.2009 r. Jest to pismo przesłane faksem, o czym świadczy oznaczenie - górny pasek o treści „3 Feb 09 15:35, P.B.PRO-BUD. Sp. z o.o., 0943527200”. Z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że pismo wniesione faksem zostało skierowane do Gminy Krynice (numer faksu na jaki przekazano protest odpowiada nr faksu tej Gminy, z pominięciem ostatniej cyfry – 2). Do siedziby Zamawiającego protest wniesiono faksem w dniu 3.02.2009 r. o godz. 15.35, po godzinach pracy urzędu.

Protest został przesłany również pocztą elektroniczną w dniu 3.02.2009 r. o godz. 14.56, jednakże Zamawiający nie odczytał tej korespondencji wyjaśniając, że od godz. 14:56 „nie ściągnął informacji z serwera”. Stwierdził, że dniu 3 lutego 2009 r. zorientował się, iż usiłowano mu przekazać jakąś wiadomość drogą elektroniczną lecz z powodów technicznych, niezależnych od niego, nie mógł jej otrzymać.

Protest został przesłany niezwłocznie pisemnie poprzez złożenie pisma w urządzie pocztowym. Protest ten został doręczony Zamawiającemu w dniu 5.02.2009 r.

Zamawiający nie zgodził się z ustaleniem, że protest został wniesiony w dniu 3 lutego 2009 r., uznał, że skoro załącznik przekazany e-mailem nie dotarł do Zamawiającego w dniu 3.02.2009 r. i protest przekazany faksem wpłynął o godz. 15: 35, po godzinach pracy urzędu, a w formie pisemnej w dniu 5.02.2009 r., nie można przyjąć, że protest wniesiono skutecznie w dniu 3 lutego 2009 r.

W dniu 4.02.2009r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że załącznik do pisma przesłanego drogą elektroniczną, które odebrał w tym dniu (4.02.2009 r.), został potraktowany przez system antywirusowy jako potencjalnie niebezpieczny i automatycznie

skasowany. Poprosił o ponowne przesłanie załącznika. Pismo - protest zostało ponownie przesłane w tym dniu.

W dniu 5.02.2009 r. Zamawiający przesłał min. Odwołującemu informację o wniesionym proteście wraz z jego kopią (zarówno skan protestu przesłany do Zamawiającego faksem jak i emailem).

Odrzucenie protestu nastąpiło pismem z dnia 6.02.2009 r. nr IE/134/26/14/08, przed upływem terminu zgłoszenia przystąpienia przez innych wykonawców do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu.

Zamawiający podał, że na skutek wniesienia pisma przez Przystępującego Andrzeja Galickiego (wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą), podważającego referencje Odwołującego, podjął czynności wyjaśniające dotyczące referencji wystawionej przez Urząd Miasta Kołobrzeg z dnia 17.11.2008 r. dotyczącej inwestycji „Budowa Centrum Rekreacyjnego w Kołobrzegu, w tym hali i torów łuczniczych wraz z zapleczem”, w której określono powierzchnię zabudowy obiektu na ponad 4900 m².

Na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, Zamawiający wystąpił dwukrotnie do Odwołującego z prośbami o złożenie wyjaśnień i / lub dodatkowych dokumentów – pisma z dnia 26.11.2008 r. nr IE/341/26/05/08 i z dnia 18.12.2008 r. nr IE/341/26/07/08. Wobec podtrzymania swojego pierwotnego stanowiska przez Odwołującego, Zamawiający wystąpił do Starostwa Powiatowego w Kołobrzegu z prośbą o podanie parametrów inwestycji „Budowa Centrum Rekreacyjnego w Kołobrzegu, w tym hali i torów łuczniczych wraz z zapleczem”.

W odpowiedzi podpisanej przez Janusza S. Naczelnika Wydziału Budownictwa w Starostwie Powiatowym w Kołobrzegu z dnia 23.01.2009 r. pismo nr B.7356-01744/08 podano podstawowe parametry inwestycji:

- | | |
|-------------------------------------------------------|---------------------------|
| 1) pow. zabudowy hali łuczniczej i kontenera | 788,32 m ² , |
| 2) pow. proj. dróg, chodników, placów i parkingów | 474,42 m ² , |
| 3) pow. wielofunkcyjnej nawierzchni sportowo-solarnej | 4 295,30 m ² , |
| 4) kubatura hali | 3 360,00 m ³ . |

Na tej podstawie oraz posługując się określeniem pojęcia „powierzchnia zabudowy” wynikającym z normy PN-ISO 9836:1992, Zamawiający uznał, że powierzchnia zabudowy hali łuczniczej i kontenera wskazana w referencji posiada 788,32 m² powierzchni zabudowy, nie spełnia więc określonego w SIWZ w pkt 10.10.8 warunku posiadania min. 1000 m² powierzchni zabudowy.

Wymóg udowodnienia, poprzez referencje lub inne dokumenty należytego wykonania minimum trzech obiektów budowlanych o powierzchni zabudowy minimum 1000 m² każdy, w tym, co najmniej dwóch sal sportowych lub hal sportowych, wynikał z ogłoszenia o zamówieniu (sekcji III.1) 8.) i z SIWZ pkt 10, ppkt 10) Lp:8, w którym Zamawiający

dodatkowo podał, że za roboty podobne, Zamawiający uzna roboty budowlane polegające na budowie nowych obiektów budowlanych (od fundamentów do formalnego zakończenia budowy) w ilości obiektów i powierzchni zabudowy minimum jak wyżej.

W odpowiedzi na pytanie nr 2 dotyczące treści SIWZ, Zamawiający udzielił odpowiedzi (pismo z dnia 12.11.2008 r. nr IE/341/26/02/08), że zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.), Zamawiający określił warunek wykonania nie jakichkolwiek trzech obiektów o powierzchni zabudowy min. 1000 m² każdy, ale obiektów odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia (...). Spełniając przedmiotowy warunek należy wykazać wykonanie minimum trzech obiektów budowlanych o powierzchni zabudowy minimum 1000 m² każdy, w tym co najmniej dwóch sal sportowych lub hal sportowych wykonanych od fundamentów do formalnego zakończenia budowy.

Zamawiający i w szczególności Przystępujący przedstawili podczas rozprawy stanowisko, z którego wynika, że treść pkt 10.10.8 SIWZ i powtórzona treść tego punktu w odpowiedzi nr 2 na zadane pytanie przez Przystępującego, dotyczące treści SIWZ (pismo Zamawiającego z dnia 12.11.2008 r. nr IE/341/26/02/08), należy rozumieć w ten sposób, że **wymóg wykazania się wykonaniem minimum trzech obiektów budowlanych o powierzchni zabudowy minimum 1000 m² każdy, w tym co najmniej dwóch sal sportowych lub hal sportowych wykonanych od fundamentów do formalnego zakończenia budowy, dotyczy w istocie sal lub hal sportowych. Według tego stanowiska wykonawcy mieli wykazać się doświadczeniem w wykonaniu minimum trzech obiektów budowlanych, których zakres stanowiły, co najmniej dwie sale lub hale sportowe o powierzchni minimum 1000 m² każda.**

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Protest został wniesiony w dniu 3.02.2009 r. przez przekazanie treści protestu drogą elektroniczną mimo nie odebrania tej korespondencji przez Zamawiającego. Protest wpłynął także w dniu 3.02.2009 r. o godz. 15.35, przekazany faksem, co potwierdził Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu i w toku posiedzenia.

Zgodnie z art. 27 ust.1-3 w zw. z art. 180 ust. 1 Pzp Zamawiający, może wybrać sposób porozumiewania się z Wykonawcami, co uczynił w pkt 7 SIWZ, nie może natomiast skrócić

terminu na wniesienie protestu, który zgodnie z art. 111 § 1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, kończy się z upływem ostatniego dnia terminu (o godz. 24, a nie o godz. 15.35, gdy pracownicy urzędu kończą pracę). Zamawiający mając na względzie, że jest to ostatni dzień terminu na wniesienie protestów, powinien był zareagować na próbę przekazania mu korespondencji elektronicznej. Miał również uruchomiony faks gotowy do odbioru korespondencji, mimo zakończenia pracy urzędu.

W wyroku z dnia 20 lutego 2007 r. sygn. akt IX Ca 50/07 Sąd Okręgowy w Olsztynie orzekł, co następuje (fragment treści uzasadnienia odniesiono do aktualnego stanu prawnego i stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy).

Zgodnie z treścią art. 180 ust. 1 Pzp protest można wnieść do Zamawiającego.

W tym zakresie stosuje się odpowiednio przepisy art. 27 ust. 1-3 Pzp.

Ustawodawca tym samym zniósł dotychczasowy wymóg, że protest musi być wniesiony tylko „pisemnie”, wprowadzając odpowiednie stosowanie art. 27 ust. 1-3 Pzp.

Przepis ten pozostawia Zamawiającemu wybór sposobu i formy porozumiewania się z wykonawcami, jednakże z dwoma zastrzeżeniami: po pierwsze, wybór ten powinien być dokonany już w SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 7) i po drugie, forma pisemna jest zawsze dopuszczalna (art. 27 ust. 3). Jest to istotna zmiana dotycząca formy protestu, odpowiadająca dyrektywom unijnym /por. Komentarz do Prawo zamówień Publicznych pod red. T. Czajkowskiego, UZP 2006, s. 388/.

W przedmiotowej sprawie z pkt 7 SIWZ wynika, że protest można było wnieść pisemnie lub drogą elektroniczną.

Powyższe jednoznacznie przesądza o wymaganej formie wniesienia protestu przez Odwołującego.

Termin do wniesienia protestu, zgodnie z treścią art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, jest dochowany tylko wtedy, gdy treść protestu zostanie dostarczona do siedziby Zamawiającego najpóźniej siódmego dnia od dnia, w którym protestujący powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia. Jest to inne uregulowanie niż przewidziane dla odwołania, skargi oraz postępowania odwoławczego w postępowaniu cywilnym.

W konsekwencji Odwołujący wraz z protestem wniesionym poprzez faks powinien był niezwłocznie doręczyć pisemny protest, aby zachować zarówno terminowość wniesienia protestu, jak i wymaganie formy pisemnej.

Wynika to z tego, że protest jest oświadczeniem woli w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego i zasadne jest przywołanie art. 61 § 1 k.c., stanowiącego o złożeniu oświadczenia woli.

Za równie zasadne należy uznać stwierdzenie, że wniesienie protestu drogą faksową, mimo iż nieprawidłowe, będzie skuteczne, jeżeli niezwłocznie zostanie potwierdzone w formie pisemnej. Wniosek taki można wywieść z treści przepisu art. 73 § 1 k.c. stanowiącego, że jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności /por. Prawo zamówień publicznych. J. Pieróg-Komentarz do art. 180, Legalis Internet/.

Zamawiający, nie ma racji, że Odwołującego obciąża nieczytelność przesłanego protestu. Odwołujący nie może odpowiadać za wadliwe łącza lub nieprawidłowe działania urządzenia odbiorczego.

Skład orzekający Izby uznał, że nie wystąpiły podstawy do odrzucenia odwołania i rozpoznał odwołanie na rozprawie.

Odwołujący spełnia przesłankę, o której stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, legitymując się posiadaniem interesu prawnego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, bowiem biorąc pod uwagę najniższą cenę oferty Odwołującego (4 085 074 zł, drugą w kolejności pod względem ceny jest oferta Przystępującego 4 467 693,01 zł), w razie ponownej oceny oferty Odwołującego, ma on ewentualną możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W postępowaniu złożono 4 oferty, 2 oferty odrzucono po uprzednim wykluczeniu z postępowania 2 wykonawców. Ofertę Odwołującego odrzucono bez uprzedniego wykluczenia go z postępowania.

Co do zasady, odrzucenie oferty Odwołującego jest niezasadne. W piśmie z dnia 27.01.2009 r. nr IE/341/26/11/08 Zamawiający podał, że odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ - brak wykazania posiadania doświadczenia w wykonywaniu zadań podobnych do przedmiotu zamówienia (zgodnie z pkt 10.10.8 SIWZ). Czynność odrzucenia oferty oraz jej podstawa prawna pozostają w sprzeczności z uzasadnieniem faktycznym dokonanej czynności. Z uzasadnienia pisma wynika, że Zamawiający uznał, że Odwołujący nie spełnia warunku podmiotowego udziału w postępowaniu, doprecyzowanego w SIWZ w pkt 10. pt. Opis sposobu przygotowania oferty, w ppkt 10, Lp.8, zawierającym wykaz dokumentów i oświadczeń, jakie należy dołączyć do oferty.

W przypadku prawidłowo przeprowadzonego badania oferty Odwołującego, dokonanego przez Zamawiającego, w przedmiocie nie spełnienia warunku podmiotowego udziału w postępowaniu i uznania, że ten warunek nie został spełniony, powinno nastąpić wykluczenie

Odwołującego z postępowania, a odrzucenie jego oferty byłoby następstwem uprzedniego wykluczenia.

Zamawiający nie zawarł w piśmie o odrzuceniu oferty, jak również nie przedstawił w toku rozprawy, żadnego uzasadnienia świadczącego o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Nie potwierdziły się również, w ocenie KIO, twierdzenia Zamawiającego dotyczące nie spełnienia warunku podmiotowego przez Odwołującego.

Zamawiający określił w SIWZ i potwierdził w piśmie stanowiącym odpowiedź na pytania dotyczące treści SIWZ (pismo z dnia 12.11.2008 r. nr IE/341/26/02/08), **że warunek dotyczy wymogu wykazania się wykonaniem minimum trzech obiektów budowlanych o powierzchni zabudowy minimum 1000 m2 każdy, w tym co najmniej dwóch sal sportowych lub hal sportowych wykonanych od fundamentów do formalnego zakończenia budowy.**

Odwołujący w celu potwierdzenia warunku złożył w ofercie na str. 37 i 38 wykaz wykonanych robót, gdzie podał cztery obiekty budowlane o powierzchni zabudowy powyżej 1000 m2 każdy. Przedstawił w ofercie wykonanie obiektów budowlanych zarówno jako budynków, jak i budowli, ze wszystkimi urządzeniami, o których stanowi art. 3 Prawa budowlanego. Powierzchnia **zabudowy obiektu** podana w poz. 1 i 2 wykazu wskazuje na posiadanie minimalnych wielkości wynikających z SIWZ. Zamawiający jednakże przedstawiając swoje stanowisko poparte w całości przez Przystępującego, w sposób odmienny od wyrażonej w SIWZ treści warunku, dokonał oceny doświadczenia Odwołującego według nieuprawnionej interpretacji postanowienia SIWZ. Stwierdził bowiem, że wymóg powierzchni zabudowy minimum 1000 m2 dotyczy minimum dwóch sal sportowych lub hal sportowych, a nie obiektów budowlanych, w skład, których wchodzi sale lub hale sportowe, co jednoznacznie wynika z pkt 10.10.8 SIWZ i późniejszej odpowiedzi Zamawiającego.

Według warunku zawartego w SIWZ i potwierdzonego w piśmie Zamawiającego, wykonawcy mieli wykazać się doświadczeniem w wykonaniu minimum trzech obiektów budowlanych o powierzchni zabudowy minimum 1000 m2, każdy, w tym co najmniej dwóch sal lub hal sportowych. Treść warunku wynikająca z SIWZ i wskazanego pisma Zamawiającego jest jednoznaczna i nie może być interpretowana inaczej niż wynika to z jej brzmienia.

Wniosku tego nie może podważyć stanowisko Naczelnika Wydziału Budownictwa Andrzeja S. ze Starostwa Powiatowego w Kołobrzegu z dnia 23.01.2009 r. nr pisma B.7356-01744/08, w którym podano, że **powierzchnia zabudowy hali łuczniczej i kontenera** w zadaniu dotyczącym budowy Centrum Rekreacyjnego w Kołobrzegu, w tym hali i torów łuczniczych wraz z zapleczem, wynosi 788,32 m2, co stanowiło podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Nie ma uzasadnienia ocena doświadczenia Odwołującego w zakresie wykonania obiektów budowlanych o minimalnej powierzchni zabudowy, poprzez odniesienie

minimalnej powierzchni zabudowy, nie do obiektów budowlanych, o czym stanowi warunek, a do sal lub hal sportowych, które zgodnie z warunkiem, miały stanowić zakres obiektów budowlanych. W szczególności, gdy Zamawiający przy ocenie doświadczenia posłużył się opracowaniem (Polska Norma PN-ISO 9836), którego nie wskazał w treści SIWZ, jak również w odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ, jako podstawy oceny spełniania warunku podmiotowego przez wykonawców. Zwłaszcza, że powierzchnia zabudowy, o której mowa w pkt 5.1.2 Normy pt. Powierzchnia zabudowy, określona została w odniesieniu do budynku, a nie do obiektu budowlanego. Pkt 5, jako całość regulacji, odnosi się do metod obliczeń i wykazu wskaźników dotyczących przestrzennego kształtowania budynku.

W tym stanie rzeczy KIO ustaliła, że potwierdziły się zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp podanych w proteście i w odwołaniu, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jako podstawy niewłaściwego odrzucenia oferty Odwołującego i orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust.1, ust. 1a i ust. 2 pkt 1 Pzp, uznając, że naruszenie przepisów Pzp miało wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego wynikające z faktury VAT z dnia 25.02.2009 r. przedłożonej do akt sprawy oraz ograniczając wysokość tego wynagrodzenia do kwoty 3 600 zł, na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit.b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 233, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

