

Sygn. akt KIO 799/10

POSTANOWIENIE
z dnia 18 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron dnia 18 maja 2010 r. w Warszawie, odwołania wniesionego dnia 6 maja 2010 r. przez **Adam Przybylski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PRZYBYLSKI Produkcja Handel Usługi Adam Przybylski, ul. Barska 47, 87-806 Włocławek**, od czynności Zamawiającego, którym jest **Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Szosa Chełmińska 26/703, 87-100 Toruń** adres do korespondencji: **ul. Plac Teatralny 2/416, 87-100 Toruń**

orzeka:

- 1. odrzuca odwołanie,**
- kosztami postępowania obciąża **Adama Przybylskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PRZYBYLSKI Produkcja Handel Usługi Adam Przybylski, ul. Barska 47, 87-806 Włocławek** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Adama Przybylskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PRZYBYLSKI Produkcja Handel Usługi Adam Przybylski, ul. Barska 47, 87-806 Włocławek** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e n i e

do postanowienia z dnia 18 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 799/10

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po dniu 29 stycznia 2010 r., to jest po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym. Jednocześnie Izba ustaliła, że na podstawie art. 7 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w zw. z § 7 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238) i § 38 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280), do przedmiotowego odwołania mają zastosowanie przepisy wymienionych powyżej rozporządzeń.

Nadto Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” którego przedmiotem jest: *„Budowa pawilonu łóżkowego z przeznaczeniem na Oddziały szpitalne z lotniskiem dla śmigłowców sanitarnych wyniesionym na jego dachu w kompleksie budynków Szpitala Wojewódzkiego we Włocławku” (KOD CPV: 45215140-0; znak ZP/18/10)* - ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 25.04.2010 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 96775-2010.

Zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 10.05.2010 r. (w dokumentacji postępowania – akta sprawy) wartość zamówienia oszacowano na kwotę nieprzekraczającą wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Z treści odwołania oraz strony internetowej Zamawiającego (data wprowadzenia) wynika, że zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” na stronie internetowej miało miejsce dnia 25.04.2010 r.

Odwołujący - Adam Przybylski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PRZYBYLSKI Produkcja Handel Usługi Adam Przybylski wniósł odwołanie na postanowienia SIWZ, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zwanego dalej: „Prezes KIO” dnia 6.05.2010 r. (prezentata na piśmie). Pismo zawierające odwołanie zostało nadane listem poleconym w placówce operatora publicznego dnia 29.04.2010 r. (stempel na kopercie placówki pocztowego operatora publicznego). Odwołanie podpisał właściciel p. Adam Przybylski. Wpis uiszczono 29.04.2010 r. (dowód uiszczenia wpisu). Kopia odwołania

została przekazana Zamawiającemu faxem w dniu 29.04.2010 r. (zgodnie z informacją na kopii odwołania znajdującej się na stronie internetowej Zamawiającego). Dowód przesłania kopii odwołania doręczony do Prezesa KIO w dniu 10.05.2010 r. na wezwanie z dnia 7.05.2010 r.

Odwołujący zażądał wykreślenia zapisu pkt 8 ppkt 8.4 tiret drugie SIWZ w zakresie statuującym obowiązek spełnienia przez wykonawcę warunku zrealizowania roboty o określonej wartości w określonym czasie obejmującej budowę lądowiska dla helikopterów usytuowanego na obiekcie szpitalnym. Zarzucił naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4 Pzp poprzez sformułowanie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co w sposób oczywisty narusza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Wskazał, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał, iż wymaga od potencjalnego wykonawcy zrealizowania przynajmniej jednej roboty w określonym czasie, obejmującej budowę lądowiska dla helikopterów usytuowanego na obiekcie szpitalnym. Sporny wymóg uniemożliwia składanie ofert podmiotom, które mają już doświadczenie związane z realizacją inwestycji z zakresu budowy i modernizacji obiektów szpitali o częstokroć wyższym stopniu skomplikowania technicznego i technologicznego, niż zakres robót w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, dla których realizacja tego zamierzenia inwestycyjnego nie wiązałaby się nie tylko z jakimikolwiek utrudnieniami, ale także z pewnością dawałyby Zamawiającemu rękojmię należytego wykonania umowy. Kategoryczne skonkretyzowanie warunku udziału w postępowaniu do wykazania się budową lądowiska dla helikopterów w sposób nieuzasadniony umożliwia wzięcie udziału w przetargu wyłącznie wąskiej grupie podmiotów, gdyż jak wiadomo w Polsce wybudowano do chwili obecnej trzy lądowiska dla helikopterów usytuowane na dachach szpitali. Stopień skomplikowania wybudowania lądowiska na dachu budynku nie jest wysoki i przy właściwej (prawidłowej) dokumentacji technicznej nie następuje żadnych trudności firmie budowlanej nie posiadającej w tym zakresie żadnego dotychczasowego doświadczenia.

W dniu 10.05.2010 r. doręczonym do Prezesa KIO faxem tego samego dnia, Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie (upubliczniona na stronie internetowej 13.05.2010 r. – rejestr zmian), uwzględniając zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości i zapowiedział usunięcie z treści SIWZ zapisu z pkt 8 ppkt 8.4 tiret drugie. Wskazał, że w pkt 8 SIWZ „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz opis wymagań” w ppkt 8.4 określił, iż: „8.4. Wykonawca musi wykazać się realizacją w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie co najmniej:

- 1 robotą budowlaną polegającą na budowie obiektu szpitala z oddziałami szpitalnymi oraz instalacjami gazów medycznych, o powierzchni min. 1 500 m² która odpowiada swoim rodzajem robocie stanowiącej przedmiot zamówienia o wartości brutto min. 8.000.000,00 zł.

- 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lądowiska dla helikopterów usytuowanego na obiekcie szpitalnym." Wyjaśnił, że jego zamiarem jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów, które posiadają i wykażą doświadczenie i wiedzę pozwalające na należyłą realizację jego przedmiotu oraz działanie w sposób nie pozostawiający wątpliwości, iż postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na każdym jego etapie. Odpowiedź na odwołanie podpisała p. Katarzyna Szczerbiak.

Izba ustaliła, że do Prezesa KIO w trzydniowym terminie, tj. do 4.05.2010 r. (2-3.05.2010 r. – dni ustawowo wolne od pracy), żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 Pzp). Zgodnie z informacją uzyskaną ze strony internetowej Zamawiającego zawiadomienie o złożeniu odwołania zostało upublicznione w dniu 29.04.2010 r. (rejestr zmian).

Zgodnie z informacją ze strony internetowej Zamawiający dokonał zmiany SIWZ w dniu 13.05.2010 r. (rejestr zmian na stronie internetowej), zgodnie z odpowiedzią na odwołanie i zmienił termin składania i otwarcia ofert w dniu 17.05.2010 r. (rejestr zmian na stronie internetowej).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba z urzędu na posiedzeniu niejawnym dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę nieprzekraczającą wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień SIWZ, w postępowaniach, których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub SIWZ na stronie internetowej.

Z treści odwołania oraz strony internetowej Zamawiającego wynika, że zamieszczenie SIWZ na stronie internetowej miało miejsce dnia 25.04.2010 r. Termin na wniesienie odwołania upłynął zatem dnia 30.04.2010 r.

W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 6.05.2010 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Izba wskazuje, że po nowelizacji Pzp dokonanej 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 koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi KIO w terminie przewidzianym w Pzp. W przepisach Pzp po jej nowelizacji brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa KIO. Przepisy Pzp w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji wyraźnie stanowiły, że: „*złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu*” (art. 184 ust. 2 zd. drugie Pzp). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie „*wniesienia odwołania*” z jego doręczeniem. Z kolei dotrzymanie terminu wniesienia skargi na orzeczenie Izby przez złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego zostało wyraźnie w Pzp przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie Pzp), co prowadzi do wniosku, że ustawodawca zdawał sobie sprawę z konsekwencji takiej regulacji.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 6.05.2010 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Okoliczność, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu jest bez znaczenia dla wskazanego wyżej stanu faktycznego. Izba w pierwszej kolejności bada wniesione odwołanie z punktu widzenia formalnoprawnego. Uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego jest jego niezależną czynnością o charakterze merytorycznym.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdza, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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).

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. pierwsze Pzp oraz § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydane na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....