

Sygn. akt: KIO/UZP 1487 /09

POSTANOWIENIE
z dnia 26 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

**Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 26 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Józefa Żyburę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "TADBUD" Zakład Ogólnobudowlany Józef Żybura, ul. Lotniskowa 8, Chwałęcice, 66-415 Kłodawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Strzelce Krajeńskie, Aleja Wolności 48, 66-500 Strzelce Krajeńskie** protestu z dnia 21 września 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Agnieszka Gajowczyk prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany „AGAPP” Agnieszka Gajowczyk, Wiesław Polechoński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „Wimar” Wiesław Polechoński ul. Zubrzyckiego 8a/4, 66-400 Gorzów Wielkopolski** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Józefa Żyburę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "TADBUD" Zakład Ogólnobudowlany Józef Żyburą, ul. Lotniskowa 8, Chwałęcice, 66-415 Kłodawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Józefa Żyburę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "TADBUD" Zakład Ogólnobudowlany Józef Żyburą, ul. Lotniskowa 8, Chwałęcice, 66-415 Kłodawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 234 zł 00 gr**. (słownie: trzy tysiące dwieście trzydzieści cztery złote zero groszy) przez **Józefa Żyburę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "TADBUD" Zakład Ogólnobudowlany Józef Żyburą, ul. Lotniskowa 8, Chwałęcice, 66-415 Kłodawa** na rzecz **Gminy Strzelce Krajeńskie, Aleja Wolności 48, 66-500 Strzelce Krajeńskie** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na posiedzenie,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Józefa Żybury prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "TADBUD" Zakład Ogólnobudowlany Józef Żyburą, ul. Lotniskowa 8, Chwałęcice, 66-415 Kłodawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Strzelce Krajeńskie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Przebudowę pomieszczeń Publicznego Gimnazjum - segment C na bibliotekę z czytelnią oraz stołówkę”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP numer 1721990 w dniu 6 sierpnia 2009 r.

W postępowaniu wpłynęły do zamawiającego dwie oferty. W dniu 21 września 2009 r. zamawiający powiadomił wykonawcę Józefa Żyburę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "TADBUD" Zakład Ogólnobudowlany Józef Żybura (odwołującego) z siedzibą w Kłodawie o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) zwanej dalej Pzp i uznaniu za odrzuconą złożonej przez ww. wykonawcę oferty, a także o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający oświadczył, w treści ww. pisma, że dokonuje czynności wykluczenia „po rozstrzygnięciu protestu wniesionego przez Zakład Ogólnobudowlany „AGAPP” Agnieszka Gajowczyk [...], ponieważ wykonawca nie spełnia warunku wymaganego w pkt 12.2.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Odwołujący pismem z dnia 21 września 2009 r. wniósł w dniu 22 września 2009 r. do zamawiającego protest, w którym zarzucił zamawiającemu bezprawne wykluczenie z postępowania przetargowego oraz uznanie jego oferty za odrzuconą. Podniósł w proteście, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia i złożył wymagany dokument określony w pkt 12.2.6 specyfikacji potwierdzający spełnianie ww. warunku. Odwołujący wskazał w proteście na naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 193 Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest, poprzez jego oddalenie, pismem z dnia 25 września 2009 r., które przekazał odwołującemu w dniu 28 września 2009 r. Wobec oddalenia protestu wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa UZP, nadając pismo w dniu 2 października 2009 r. listem poleconym w placówce pocztowej operatora publicznego. W odwołaniu odwołujący podtrzymał zarzut zawarty w proteście oraz przedstawioną w proteście argumentację. Wyjaśnił, że złożył w ofercie wymagany dokument z banku potwierdzający posiadane środki, a ponadto uzupełnił informację z banku na wezwanie zamawiającego, które nastąpiło po wniesieniu protestu w dniu 10 września 2009 r. przez

Zakład Ogólnobudowlany „AGAPP” Agnieszka Gajowczyk. Wskazał naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 193 Pzp. W tym samym dniu tj. 2 października odwołujący nadał listem poleconym kopię odwołania do zamawiającego. Odwołujący załączył do odwołania kopię dowodu nadania w dniu 2 października 2009 r. listu poleconego na adres zamawiającego. Zamawiający otrzymał kopię odwołania w dniu 5 października 2009 r., co potwierdza prezentata na pierwszej stronie ww. pisma oraz złożone przez odwołującego potwierdzenie odbioru przez zamawiającego ww. pisma w dniu 5 października 2009 r. Strony zgodnie potwierdziły powyższe okoliczności w trakcie posiedzenia Izby. Ustalony stan faktyczny znajduje potwierdzenie również w treści korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a odwołującym: w dniu 6 października 2009 r. zamawiający powiadomił odwołującego o otrzymaniu w dniu 5 października 2009 r. kopii odwołania wskazując na brak w przekazanych dokumentach dowodu przekazania kopii odwołania, pismem z dnia 7 października 2009 r. odwołujący wyjaśnił, że wysłał kopię odwołania, czego potwierdzeniem jest dowód nadania. Stwierdził, iż wypełnienie obowiązku wynikającego z art. 184 ust. 2 Pzp, tj. przekazanie kopii odwołania wypełnia się poprzez wysłanie kopii pisma zamawiającemu.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron złożonych na posiedzeniu Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Odwołujący przekazał zamawiającemu kopię odwołania z uchybieniem terminu określonego w art. 184 ust. 2 Pzp. Brak przekazania kopii odwołania w określonym w tym przepisie terminie skutkuje obowiązkiem odrzucenia przez Izbę odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 Pzp.

Zgodnie z treścią przepisu art. 184 ust. 2 ustawy Pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu, a jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 5 dni, jednocześnie przekazując kopię treści odwołania zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu.

W niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia publicznego są roboty budowlane, których wartość, jak wynika z protokołu postępowania, nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie delegacji zawartej w 11 ust. 8 ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że odwołanie w niniejszej sprawie należało wnieść w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu.

Wobec rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego i przekazania tego rozstrzygnięcia odwołującemu w dniu 28 września 2009 r. pięciodniowy termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 3 października 2009 r. (sobota). W tym samym terminie kopia odwołania powinna zostać przekazana zamawiającemu. Wskazany termin nie ulega przedłużeniu do dnia 5 października 2009 r. pomimo, iż upłynął w sobotę, gdyż sobota nie jest dniem ustawowo wolnym od pracy, a zgodnie z art. 115 k.c. tylko w takim przypadku przyjmuje się, że termin upływa dnia następnego.

Warunek jednoczesnego przekazania kopii odwołania zamawiającemu nie jest dotrzymany w sytuacji, gdy wykonawca nada kopię odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jednocześnie z nadaniem odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie na wniesienie odwołania. Tylko w przypadku wnoszenia odwołania do Prezesa UZP za termin wniesienia uznaje się nadanie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego. W odniesieniu do wymogu jednoczesnego przekazania zamawiającemu kopii odwołania - przekazanie kopii dokumentu następuje wraz z jej dotarciem do adresata. Mając na uwadze cel ww. przepisu należy podkreślić, że przekazanie kopii odwołania najpóźniej z upływem terminu przewidzianego na wniesienie odwołania służy uzyskaniu przez zamawiającego wiedzy odnośnie faktu wniesienia odwołania tj. skorzystania przez wykonawcę ze środka ochrony prawnej. Jest to istotne zarówno dla wykonawcy jak i zamawiającego, który - przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu - nie może podpisać umowy o zamówienie.

Biorąc powyższe pod uwagę, kopia odwołania winna dotrzeć do zamawiającego jednocześnie z wniesieniem odwołania tj. najpóźniej w dniu upływu terminu na jego wniesienie. Odwołujący uchybił temu obowiązkowi, gdyż przekazał zamawiającemu kopię odwołania w dniu 5 października 2009 r. tj. dwa dni po upływie terminu na wniesienie odwołania, który upłynął w dniu 3 października 2009 r. Podobnie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 117/07) gdy uznał, iż pierwszorzędną i priorytetową sprawą przy przekazaniu kopii odwołania zamawiającemu jest cel, jakiemu służyć ma ta czynność. Celem tym będzie jak najszybsze powzięcie przez zamawiającego wiadomości o zakończeniu bądź nie postępowania wywołanego protestem, a tym samym możliwość skutecznego zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. W ocenie Sądu, o zachowaniu terminu na przekazanie kopii odwołania zamawiającemu i wywiązaniu się z obowiązku jednoczesności

możemy mówić wtedy, gdy kopia odwołania dotrze do zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie. Sąd również wyraźnie stwierdził, że forma przekazania pisma poprzez nadanie w urzędzie pocztowym jest zastrzeżona wyłącznie dla czynności złożenia odwołania, natomiast dla powiadomienia zamawiającego o tej czynności, poprzez przekazanie kopii odwołania, forma ta nie została wprost przewidziana w przepisach ustawy, a zatem nie może być domniemywana.

Odwołanie podlega również odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp, ponieważ dotyczy czynności, której zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Oferta odwołującego została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza decyzją zamawiającego z dnia 28 sierpnia 2009 r. Na tę czynność wniosło protest Konsorcjum: Agnieszka Gajowczyk prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany „AGAPP” Agnieszka Gajowczyk i Wiesław Polechoński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „Wimar” Wiesław Polechoński, w którym podniosło m.in. zarzut nr 2 w zakresie zaniechanie wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na nie złożenie dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału ekonomicznego i finansowego, określonego w pkt 12.2.6 tj. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. W dniu 15 września 2009 r. odwołujący zgłosił przystąpienie do postępowania wszczętego ww. protestem wnosząc o jego oddalenie. W tym samym dniu tj. 15 września 2009 r. zamawiający rozstrzygnął protest, poprzez uwzględnienie zarzutu nr 2 ww. protestu. W uzasadnieniu zamawiający stwierdził, że odwołujący nie złożył wymaganego dokumentu pomimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący nie wniósł odwołania od powyższego rozstrzygnięcia protestu. W dniu 21 września 2009 r. zamawiający powtórzył czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczył odwołującego z postępowania. Stwierdził, m.in. „że po rozstrzygnięciu protestu wniesionego przez Konsorcjum [...] dokonał ponownej oceny ofert i działając zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp wykluczył z postępowania wykonawcę „TADBUD” Zakład Ogólnobudowlany Józef Żybura ponieważ nie spełnia warunku wymaganego w pkt 12.2.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.” Odwołujący wniósł protest na tę czynność, a następnie odwołanie od oddalenia protestu przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Izba uznała, że rozpoznawane odwołanie i poprzedzający je protest wniesione przez odwołującego dotyczą czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, której zamawiający dokonał zgodnie z rozstrzygnięciem

w dniu 15 września 2009 r. protestu z dnia 10 września 2009 r. W rozstrzygnięciu protestu zamawiający uwzględnił zarzut, dotyczący nie złożenia dokumentu potwierdzającego sytuację ekonomiczną i finansową odwołującego skutkujący wykluczeniem z wykonawcy z postępowania.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp protest jest ostatecznie rozstrzygnięty jeżeli nie wniesiono odwołania – z upływem terminu do wniesienia odwołania. Wobec nie wniesienia przez odwołującego odwołania od rozstrzygnięcia protestu z dnia 15 września 2009 r. protest z dnia 10 września 2009 r. stał się ostatecznie rozstrzygnięty w dniu 21 września 2009 r. (biorąc pod uwagę że termin uległ przedłużeniu z uwagi, iż ostatni dzień terminu upływał w dniu ustawowo wolnym od pracy – niedziela). Odwołanie przysługiwało odwołującemu na podstawie art. 184 ust. 1a pkt 3 Pzp, gdyż rozstrzygnięcie protestu dotyczyło wykluczenia odwołującego z postępowania. Co prawda zamawiający nie stwierdził powyższego wprost w rozstrzygnięciu protestu, ale należy mieć na uwadze, że uwzględnienie zarzutu w zakresie zaniechania wykluczenia nie może skutkować inaczej niż wykluczeniem wykonawcy. Stosownie do art. 181 ust. 6 Pzp wykonawca wezwany, zgodnie z ust. 3 tego artykułu, do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej (protest odwołanie, skarga) na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia protestu. Bezsporne jest w sprawie, że odwołujący był uczestnikiem postępowania protestacyjnego wszczętego protestem z dnia 10 września 2009 r. Zważywszy, że czynność zamawiającego z dnia 21 września 2009 r. – wykluczenie odwołującego z postępowania - nastąpiła w wyniku uwzględnienia zarzutu zawartego w ww. proteście dotyczącego niezłożenia dokumentu wymaganego w pkt 12.2.6 siwz i zaniechania wykluczenia wykonawcy, należało uznać, że rozpoznawane odwołanie wniesione od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego ww. czynności z dnia 21 września 2009 r. dotyczy de facto czynności, która została wykonana zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu wniesionego wcześniej przez innego wykonawcę.

Biorąc pod uwagę ustalony stan rzeczy Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 i 7 Pzp.

O kosztach postępowania 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 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*