

Sygn. akt KIO/606/10

POSTANOWIENIE
z dnia 21 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym, bez udziału Stron 21 kwietnia 2010 roku w Warszawie, odwołania wniesionego 9 kwietnia 2010 roku przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warmińsko – Mazurskie Przedsiębiorstwo Drogowe Sp. z o.o. z siedzibą Gutkowo 49, 11-041 Olsztyn - Lider oraz Wincenty Kulbacki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Biuro Inwestycyjne Projektowanie i Nadzory” z siedzibą przy ulicy Jana III Sobieskiego 25, 82-300 Elbląg - Partner** (adres do korespondencji: Warmińsko – Mazurskie Przedsiębiorstwo Drogowe Sp. z o.o. 82-310 Elbląg 2, Nowina 31) od czynności Zamawiającego, którym jest **Zarząd Dróg Powiatowych z siedzibą przy ulicy Królewieckiej 55, 14-500 Braniewo**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warmińsko – Mazurskie Przedsiębiorstwo Drogowe Sp. z o.o. z siedzibą Gutkowo 49, 11-041 Olsztyn - Lider oraz Wincenty Kulbacki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Biuro Inwestycyjne Projektowanie i Nadzory” z siedzibą przy ulicy Jana III Sobieskiego 25, 82-300 Elbląg - Partner** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warmińsko – Mazurskie Przedsiębiorstwo Drogowe Sp. z o.o. z siedzibą Gutkowo 49, 11-041 Olsztyn - Lider oraz Wincenty Kulbacki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Biuro Inwestycyjne Projektowanie i Nadzory” z siedzibą przy ulicy Jana III Sobieskiego 25, 82-300 Elbląg - Partner**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Powiatowych prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Przebudowa ciągu drogowego Nowa Pasłęka – Braniewo – Pieniężno – Jesionowo na odcinku drogi powiatowej nr 1377N ulice: Morska, Sądowa, Świętojańska w Braniewie”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych, 2 marca 2010 roku pod pozycją 46473.

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę 2 640 147,54 netto stanowi to 687 717,51 euro, co zostało potwierdzone w piśmie zamawiającego z 14 kwietnia 2010 roku (w aktach sprawy).

Odwołujący - **wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warmińsko – Mazurskie Przedsiębiorstwo Drogowe Sp. z o.o. z siedzibą Gutkowo 49, 11-041 Olsztyn - Lider oraz Wincenty Kulbacki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Biuro Inwestycyjne Projektowanie i Nadzory” z siedzibą przy ulicy Jana III Sobieskiego 25, 82-300 Elbląg - Partner** – wniósł odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 kwietnia 2010 roku (prezentata na piśmie). Pismo zawierające odwołanie zostało nadane listem poleconym w placówce operatora publicznego 6 kwietnia 2010 roku (stempel na kopercie).

Na podstawie dokumentacji (potwierdzona za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego dokumentacja postępowania w aktach sprawy) przesłanej przez Zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej, Izba stwierdziła, że Zamawiający powiadomił Odwołującego o wyniku postępowania 1 kwietnia 2010 roku poprzez przesłanie faksu na numer 55 233 30 33 czyli numer do kontaktów, jaki został podany przez Odwołującego w ofercie (str.2). Potwierdzenie przesłania wyniku postępowania – raport faksowy, został dołączony przez Zamawiającego do dokumentacji postępowania przesłanej do Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający dopuścił możliwość przesyłania informacji faksem, co jednoznacznie zaznaczył w punkcie 13.2 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W treści odwołania odwołujący wskazał, że informację stanowiącą podstawę złożenia odwołania powziął 6 kwietnia 2010 roku w wyniku przesłania informacji dotyczącej rozstrzygnięcia postępowania listem poleconym (potwierdzenia dostarczenia listu poleconego potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego znajduje się w aktach sprawy).

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i uchylenie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty (tj. oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą ulica Wiejska 16, 14-500 Braniewo) oraz odrzucenie oferty wybranego w postępowaniu wykonawcy a także ponowne zbadanie i ocenę ofert. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 i 3 ustawy Prawo zamówień Publicznych poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców, udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy a także naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień Publicznych poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało opublikowane 2 marca 2010 roku, to jest po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Zatem w oparciu o art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych ustawy nowelizującej do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania znajdują zastosowanie przepisy Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem wskazanych nowelizacji, które weszły w życie odpowiednio 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

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 związku z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 189 ust 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia publicznego są roboty budowlane, których szacunkowa wartość wynosi 687 717,51 euro, a zatem jest mniejsza niż równowartość kwoty 4 845 000 euro, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (poniżej tzw. progów unijnych).

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie w postępowaniach, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania przez Zamawiającego informacji - w formie faxu lub drogą elektroniczną - stanowiącej podstawę jego wniesienia. Z dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego wynika, iż Odwołujący został powiadomiony faxem o wyniku postępowania

1 kwietnia 2010 roku (raport z transmisji faxowej „Rezultat - OK.” dołączony do akt sprawy), a taka forma przesyłania informacji przez Zamawiającego było wskazana w Specyfikacji.

W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Izby 9 kwietnia 2010 roku należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Izba wskazuje, że po nowelizacji ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w terminie przewidzianym w ustawie. W przepisach Prawa zamówień publicznych po jej nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 roku brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy Prawa zamówień publicznych w dotychczasowym brzmieniu (sprzed nowelizacji) wyraźnie stanowiły iż „złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu” (art. 184 ust. 2 zd. drugie Prawa zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, to należy uznać, że jego celem jest utożsamienie pojęcia „wniesienie odwołania” z jego faktycznym doręczeniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje 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. W oparciu o regulację art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień Publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartość zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponieważ zaś zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą dokonania przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą ulica Wiejska 16, 14-500 Braniewo, mimo, iż oferta tego wykonawcy w ocenie Odwołującego jest sprzeczna ze Specyfikacją, kierując się dyspozycją art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba zważyła, iż odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego, na które Odwołującemu nie przysługuje prawo wniesienia odwołania. Jednocześnie należy wskazać, że po nowelizacji ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw Wykonawcy przysługuje prawo wniesienia do Zamawiającego, w terminie

przewidzianym do wniesienie odwołania, informacji o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego lub zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany zgodnie z przepisami ustawy. Legitymacje do wniesienia informacji Wykonawca ma w zakresie czynności lub zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany zgodnie z ustawą, na które nie przysługuje Wykonawcy prawo wniesienia odwołania na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień Publicznych.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 kwietnia 2010 roku jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie oraz dotyczy czynności Zamawiającego, na które Odwołującemu nie przysługuje prawo wniesienia odwołania, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 i 6 ustawy Pzp .

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym Przystępującego, po stronie Zamawiającego, Wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą ulica Wiejska 16, 14-500 Braniewo, bowiem zgodnie z dyspozycją art. 185 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu a kopię przystąpienia przesyła się Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W przedmiotowej sprawie Zamawiający przesłał wykonawcom kopie odwołania wzywający ich jednocześnie do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Wykonawca składający przystąpienie (kandydat na przystępującego) otrzymał informację o wniesionym odwołaniu 7 kwietnia 2010 roku faxem (raport z transmisji faxy „Rezultat - OK.” dołączony do akt sprawy) oraz 8 kwietnia 2010 roku otrzymał informację o wniesieniu odwołania listem poleconym (potwierdzenia dostarczenia listu poleconego potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego znajduje się w aktach sprawy). Pismo zawierające przystąpienie do postępowania odwoławczego zostało nadane listem poleconym w placówce operatora publicznego 9 kwietnia 2010 roku (stempel na kopercie) jednakże do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło 19 kwietnia 2010 roku, (prezentata na piśmie) czyli po upływie trzydniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 ust. 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. 183 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy 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 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku *w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań*, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego 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 postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....