

Sygn. akt: KIO 1398/15

POSTANOWIENIE
z dnia 7 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 7 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M. S. i S. S.** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Ogólnobudowlany s.c. w Gołdapi** oraz **T. B.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Usługi Geodezyjne „Geopol” w Braniewie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Anatex sp. z o.o. w Białymstoku** oraz **A. C.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Anatex” w Białymstoku**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M. S. i S. S.** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Ogólnobudowlany s.c. w Gołdapi** oraz **T. B.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Usługi Geodezyjne „Geopol” w Braniewie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M. S. i S. S.** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Ogólnobudowlany s.c. w Gołdapi** oraz **T. B.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Usługi Geodezyjne „Geopol” w Braniewie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „przebudowa i termomodernizacja wraz z rozbudową i budową nowych dachów oraz zmianą sposobu użytkowania zespołu budynków garażowych i warsztatowych w garnizonie Orzysz dla potrzeb Jednostki Wojskowej 3797 Giżycko – postępowanie nr 21/RB”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 marca 2015 r. nr 2015/S 044-075430. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 4 marca 2015 r. zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia. Specyfikacja ta została zamieszczona w formie pliku w formacie pdf zawierającego zeskanowany dokument specyfikacji. Na stronie 1 znajdował się skan pieczęci imiennej szefa zamawiającego i jego podpisu wraz z datą 18 lutego 2015 r. W treści SIWZ zamawiający wskazał m.in.:

- a) w rozdziale V pkt 4 tiret drugie, iż „Wykonawca musi posiadać środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę nie mniejszą niż 1 000 000 zł.”,
- b) w rozdziale XI pkt 1 - ustalił termin składania ofert na 07.04.2015 r.,
- c) w rozdziale XI pkt 2 - ustalił termin otwarcia ofert na 07.04.2015 r.

W dniu 9 marca 2015 r. zamawiający w odpowiedzi na wniosek jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ w brzmieniu: *Prosimy o wskazanie terminu składania ofert dla przedmiotowego zadania. W punkcie IV 3.4 ogłoszenia 2015/S 044-075430 termin składania ofert jest określony jako 15.04.2015 r. godz. 11:30 natomiast w SIWZ w rozdz. IX ust. 1 jako 07.04.2015 godz. 11:30*

udzielił odpowiedzi: *Termin składania ofert zgodnie z ogłoszeniem 2015/S 044-075430, czyli: 15.04.2015 r. godz. 11:30. Rozbieżności wyniknęły z przedłużającego się czasu potrzebnego Zamawiającemu na przygotowanie formy elektronicznej dokumentów potrzebnych do wyceny oferty i zostały poprawione.*

Dnia 9 marca 2015 r. zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia. Specyfikacja ta została zamieszczona w formie pliku w formacie pdf zawierającego zeskanowany dokument specyfikacji. Na stronie 1 znajdował się skan pieczęci imiennej szefa zamawiającego i jego podpisu wraz z datą 18 lutego 2015 r. W treści SIWZ zamawiający wskazał m.in.:

- a) w rozdziale V pkt 4 tytuł drugi, iż „Wykonawca musi posiadać środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę nie mniejszą niż 10 000 000 zł.”,
- b) w rozdziale XI pkt 1 - ustalił termin składania ofert na 15.04.2015 r.,
- c) w rozdziale XI pkt 2 - ustalił termin otwarcia ofert na 15.04.2015 r.

W dniu 30 kwietnia 2015 r. zamawiający przesłał, za pośrednictwem poczty, wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia M. S. i S. S. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ogólnobudowlany s.c. w Gołdapi oraz T. B., prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Geodezyjne „Geopol” w Braniewie, zwanym dalej „odwołującym”, zawiadomienie o czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B&W B. D. Usługi Ogólnobudowlane w Pruszczu Gdańskim oraz Dekpol S.A. w Pinczynie. Na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Anatex sp. z o.o. w Białymstoku oraz A. C., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Anatex” w Białymstoku, zwanych dalej „przystępującym”. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu.

W dniu 7 maja 2015 r. obecny przystępujący wniósł odwołanie wobec ww. czynności zamawiającego. Postępowanie odwoławcze wszczęte wskutek wniesienia ww. odwołania zostało oznaczone sygn. akt KIO 935/15. W dniu 8 maja 2015 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego swoje przystąpienie zgłosił obecny odwołujący. W treści ww. zgłoszenia podniósł, że postępowanie o udzielenie zamówienia powinno być unieważnione, gdyż jest prowadzone w oparciu o dokument – SIWZ – przerobiony. Wniósł o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W treści uzasadnienia przystąpienia obecny odwołujący wskazał m.in., że w dniu 9 marca 2015r. na stronie internetowej zamawiającego dotychczasowa Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia została zastąpiona tożsamą pod względem formy, z tożsamą datą zatwierdzenia przez umocowanego przedstawiciela Zamawiającego, ale zmienioną w niektórych punktach treścią.

Ustalono także, że w dniu 22 czerwca 2015 r. za pośrednictwem poczty, zamawiający przesłał obecnemu odwołującemu zawiadomienie o wykluczeniu z udziału w postępowaniu

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B&W B. D. Usługi Ogólnobudowlane w Pruszczu Gdańskim oraz Dekpol S.A. w Pinczynie oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez obecnego przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

W dniu 2 lipca 2015 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie *art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 38 ust 4 ustawy Pzp oraz 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania przetargowego wobec oparcia tego postępowania na Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w wersji dotkniętej wadą usankcjonowaną art. 270 § 1 KK, gdy - zgodnie z pierwotną treścią tego dokumentu - wszystkie złożone w postępowaniu oferty winny być odrzucone jako nie spełniające warunków przetargowych bowiem złożone zostały z uchybieniem zakreślonego SIWZ terminu wskazanego dla tej czynności.*

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił przystępujący.

Powyższy stan faktyczny ustalono na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności: postanowień ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ zamieszczonych na stronie internetowej zamawiającego <http://www.rziolsztyn.wp.mil.pl/pl/51.html> w dniu 4 marca 2015 r. i 9 marca 2015 r., odpowiedzi zamawiającego na pytanie jednego z wykonawców z 9 marca 2015 r. zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego, rozstrzygnięcia postępowania z 27 kwietnia 2015 r., dowodów przekazania ww. rozstrzygnięcia, zgłoszenia przystąpienia z 7 maja 2015 r. do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 935/15 obecnego odwołującego, znajdującego się w aktach sprawy KIO 935/15, rozstrzygnięcia postępowania z 19 czerwca 2015 r., dowodów przekazania ww. rozstrzygnięcia, odwołania, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Anatex sp. z o.o. w Białymstoku oraz A. C., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Anatex” w Białymstoku, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawcy wykazali interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w świetle którego *Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

Nie ulega wątpliwości, że o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął wiadomość już na podstawie zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej przekazanemu przez zamawiającego w dniu 30 kwietnia 2015 r. Już na podstawie lektury tego zawiadomienia odwołujący powziął informację, że zamawiający nie zamierza unieważniać postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przyczyn dotyczących zmiany plików ze SIWZ ujawnionej na stronie internetowej w dniu 9 marca 2015 r. Skoro zatem odwołujący uważał, że zamawiający miał obowiązek wykonać czynność unieważnienia postępowania, to przysługiwało mu prawo do wniesienia odwołania.

Zamiast wniesienia odwołania wobec zaniechania unieważnienia postępowania odwołujący zdecydował się przedstawić swoje zarzuty w zgłoszeniu przystąpienia z 7 maja 2015 r. do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 935/15. Uszło uwadze odwołującego, że w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Powyższe oznacza, że zarzuty nie mogą być przedstawiane w zgłoszeniu przystąpienia.

Zdaniem Izby, zawiadomienie zamawiającego o dokonaniu nowego wyboru oferty najkorzystniejszej przekazane 22 czerwca 2015 r., nie zawiera żadnej nowej okoliczności, która uzasadniałaby liczenie terminu do wniesienia odwołania od dnia przesłania nowego rozstrzygnięcia postępowania. Stan opisany w odwołaniu, polegający na zaniechaniu unieważnienia postępowania z przyczyn wskazywanych w odwołaniu, istniał bowiem już w dniu zawiadomienia o pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej. Wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego o którym zawiadomiono odwołującego przesyłając mu dnia 22 czerwca 2015 r. pismo, nie stanowił żadnych okoliczności, istotnych z punktu widzenia podniesionych w odwołaniu zarzutów, które uzasadniałyby liczenie terminu do wniesienia odwołania od dnia przesłania informacji o

rozstrzygnięciu postępowania 22 czerwca 2015 r. O tym, że odwołujący mógł wnieść w stosownym terminie odwołanie najdobitniej świadczy zaś treść jego zgłoszenia przystąpienia z 7 maja 2015 r. W piśmie tym opisano bowiem zarzuty tożsame z zarzutami przedstawionymi w odwołaniu.

W świetle przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 15 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia i jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 30 kwietnia 2015 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem poczty odwołującemu zawiadomienie o tym, że dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej, co oznaczało iż zamawiający nie dostrzegał powodów do unieważnienia postępowania. Termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania czynności unieważnienia postępowania upłynął zatem odwołującemu w dniu 15 maja 2015 r. Tymczasem odwołujący wniósł odwołanie dopiero w dniu 2 lipca 2015 r.

Reasumując, należało uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 2 lipca 2015 r. było odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, niepodlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powyższego przepisu wynika zakaz wydawania orzeczeń o charakterze merytorycznym, do jakich zalicza się oddalenie czy uwzględnienia odwołania, w innej formie aniżeli wyrok. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało jednak charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie tak Izby jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Przewodniczący: