

Sygn. akt KIO 370/16

Sygn. akt: KIO 370/16

POSTANOWENIE

z dnia 24 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki

Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu w Warszawie na posiedzeniu udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 24 marca 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2016r. **przez odwołującego Konsorcjum firm:**

1. FAMUR FAMAK S.A. z siedzibą w Kluczborku ul. Fabryczna 5; 46- 200 Kluczbork (Lider Konsorcjum)
2. RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu ul. Łąkowa 33; 47-400 Racibórz (Członek Konsorcjum)

postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** TAURON WYTWARZANIE Spółka Akcyjna ul. Promienna 51; 43-603 Jaworzno

przy udziale:

- A. wykonawcy **CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ERBUD INDUSTRY- ERBUD Sp. z o.o. z s. w Toruniu (Lider Konsorcjum), ERBUD S.A z s. w Warszawie (Członek Konsorcjum), na adres Lidera ul.**

Sygn. akt KIO 370/16

Wapienna 10, 87-100 Toruń zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Warbud S.A z s. w Warszawie (Lider Konsorcjum), Transsystem Sp. z o.o. z s. w Łąncucie (Członek Konsorcjum), Financing& Manufacturing & Know-How Sp. z o.o. z s. Kluczborku, na adres Lidera ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. odrzucić odwołanie
 2. kosztami postępowania obciążyć **Konsorcjum firm:** 1.FAMUR FAMAK S.A. z siedzibą w Kluczborku ul. Fabryczna 5; 46 - 200 Kluczbork (Lider Konsorcjum) 2. RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu ul. Łąkowa 33; 47-400 Racibórz (Członek Konsorcjum)
- i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum firm:** 1.FAMUR FAMAK S.A. z siedzibą w Kluczborku ul. Fabryczna 5; 46 - 200 Kluczbork (Lider Konsorcjum) 2. RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu ul. Łąkowa 33; 47-400 Racibórz (Członek Konsorcjum) 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 2015 r. poz. 2164.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach

Sygn. akt KIO 370/16

Uzasadnienie

Niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi spółka Tauron Wytwarzanie Spółka Akcyjna, ul. Lwowska 23, 40 - 389 Katowice a aktualnie po zmianie siedziby spółki pod adresem ul. Promienna 51; 43-603 Jaworzno, zwana dalej „zamawiającym”.

Natomiast odwołanie złożyło Konsorcjum wykonawców składające się z następujących podmiotów: 1.FAMUR FAMAK S.A. z siedzibą w Kluczborku, ul. Fabryczna 5, 46 - 200 Kluczbork - Lider konsorcjum; 2.RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu, ul. Łąkowa 33, 47 - 400 Racibórz - Członek konsorcjum; reprezentowane przez lidera konsorcjum - Famur Famak S.A. z siedzibą w Kluczborku, ul. Fabryczna 5, 46 - 200 Kluczbork zwany dalej „odwołującym”.

Postępowanie prowadzone jest o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zaprojektowanie, montaż, uruchomienie, wykonanie ruchu próbnego oraz przekazanie do eksploatacji II części układu nawęglania zewnętrznego dla potrzeb nowego bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy 910 MW w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Jaworzno III w Jaworznie - nr referencyjny zamówienia 2015/TW-EO1 /TW-EO1 /02525/L.

W toku postępowania odwoławczego bezspornie jako datę powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę odwołania ustalono na dzień 3 marca 2016 r, — data otrzymania od zamawiającego drogą faksową zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W oparciu o art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 oraz w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (j. t. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej jako „ustawą Pzp” datę końcową na wniesienie odwołania ustala się na dzień 14 marca 2016 roku (poniedziałek).

Odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione w dniu 14 marca 2016 roku a do zamawiającego również w dniu 14.03.2016 roku na spółkę i adres Tauron Obsługa Klienta Sp. z o.o. Kancelaria ul. Lwowska 23; 40- 389 Katowice.

Na marginesie sprawy nadmieniam, że odwołanie wniesiono wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego w prowadzonym postępowaniu:

1. czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Transsystem Sp. z o.o. z siedzibą w Woli Dalszej 367, 37-100 Łańcut, Financing&Manufacturing&Know - How Sp. z o.o. z siedzibą w Kraskowie 80, 46-200 Kluczbork zwanych dalej „Konsorcjum Warbud”,

Sygn. akt KIO 370/16

2.czynność badania i oceny ofert,

3. czynność zaniechania odrzucenia następujących ofert:

- a. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Konsorcjum Warbud” jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ),
 - b. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Erbud Industry Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu oraz Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie zwanych dalej „Konsorcjum Erbud” jako niezgodnej z treścią SIWZ,
 - c. oferty wykonawcy Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie zwanego dalej „Control Process” jako niezgodnej z treścią SIWZ,
- 4.czynność zaniechania wykluczenia z postępowania następujących wykonawców:
- a. wykonawców Konsorcjum Warbud,
 - b. wykonawców Konsorcjum Erbud,
 - c. wykonawcy Control Process.

Wskazanym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego, zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

1. art. 82 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy

Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Konsorcjum Warbud pomimo sprzeczności treści tej oferty postanowieniami SIWZ oraz z ustawą tj.:

1. pkt 1 Formularza oferty, pkt 2 Formularza Oferty, pkt 14 Formularza Oferty, pkt 17.3.2. Części A SIWZ, pkt 4.1. i 4.2. Części A SIWZ, Części C oraz Części B SIWZ poprzez nie zaoferowanie całego zakresu Przedmiotu zamówienia/Przedmiotu umowy wymaganego przez Zamawiającego,
2. załącznik nr 17 do Umowy (Część C.2. SIWZ) poprzez nie podanie nazw firm pozwalających w sposób jednoznaczny zidentyfikować podwykonawcę, którym zamierza powierzyć realizację Przedmiotu Zamówienia/Umowy
3. pkt 9.1.1. części B.2. SIWZ oraz pkt 1.2.1.4. części B.3. SIWZ poprzez zaoferowanie Przedmiotu Zamówienia/Przedmiotu Umowy, który nie spełnia wymagania postawionego przez Zamawiającego co do zastosowania „urządzeń sprawdzonych eksploatacyjnie”,
4. załącznik nr 3 do Umowy (Część C.2. SIWZ), załącznik nr 4 do Umowy (Część C.2. SIWZ) oraz pkt 5 Części A do SIWZ oraz pkt 1.8. Części B.I. SIWZ oraz pkt 6.5.3.4. załącznika nr 14 do SIWZ (Część C.2.) poprzez:
 - wskazanie w pkt 32, 33 Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego (str. 151 oferty) Daty zakończenia wskazanych Etapów Realizacji na dzień przypadający po ostatecznym dniu realizacji Przedmiotu Zamówienia/Umowy wskazanym w pkt 5 części A SIWZ oraz w pkt 1.8. Części B.I. SIWZ,

Sygn. akt KIO 370/16

- wskazanie w pkt 38 Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego (str. 151 oferty) oraz pkt 21 Ramowego Harmonogramu Realizacji Umowy (str. 153-154 Umowy) daty Wykonania i przekazania Dokumentacji Powykonawczej niezgodnie z wymogami SIWZ w tym zakresie tj. z załącznikiem nr 3 do Umowy (Część C.2. SIWZ),
 - wskazania w pkt 6, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 32, 33 harmonogramu Daty zakończenia Etapów Realizacji przypadające na dzień po 26 dniu danego miesiąca wbrew wytycznym zawartym w załączniku nr 3 do Umowy (część C.2. SIWZ),
 - wskazanie w pkt 30 Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego (str. 151 oferty) daty zakończenia ruchu regulacyjnego układu nawęglania w sposób sprzeczny z postanowieniami pkt 1.8. części BI SIWZ, - wskazanie w pkt 53, 57, 58, 59, 60 załącznika nr 4 do umowy - Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy (str. 153-154 oferty) czasu trwania, rozpoczęcia i zakończenia poszczególnych etapów w sposób sprzeczny z postanowieniami pkt 1.8. części BI SIWZ, załącznika nr 3, załącznika nr 4 oraz pkt 6.5.3.4. załącznika nr 14 (Część C.2. SIWZ),
 - zaniechanie wskazania w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy (str. 153-154 oferty) pozycji z pkt 35, 36 i 37 z Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego wbrew wyraźnym wymaganiom zawartym w wytycznych do Załącznika nr 3 i 4 do Umowy (Część C.2. SIWZ);
 - wskazanie w pkt 56 załącznika nr 4 do umowy Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy (str. 153-154 oferty) czasu trwania, rozpoczęcia i zakończenia „Gotowości do podania węgla z II części Układu Nawęglania) w sposób sprzeczny z postanowieniami pkt 1.8. części B.I. SIWZ.
5. w zakresie załącznika nr 11 pkt 1.1. do Umowy stanowiącej część C.2. SIWZ w zakresie Części B.2. SIWZ (str. 87) poprzez wskazanie w pkt 6 Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego stanowiącego załącznik nr 3 do Umowy oraz w pkt 9 Ramowego Harmonogramu Realizacji Umowy daty 30.07.2016 r. tj. daty wykraczającej poza 3-miesięczny okres od dnia zawarcia umowy wymagany przez zamawiającego,
 6. w zakresie załącznika nr 3 do umowy stanowiącej część CI SIWZ oraz pkt 3 załącznika do Części A SIWZ „Wzór formularza Oferta” oraz załącznik nr 1 do Umowy stanowiącej część CI SIWZ, poprzez wskazanie w pkt 3 załącznika do części A SIWZ ceny za usługi netto w wysokości niższej niż wartość Etapów Realizacji dotyczących usług wskazanych w załączniku nr 3 do Umowy stanowiącej część C 1 SIWZ,
 7. w zakresie załącznika nr 3 do Umowy stanowiącej część CI SIWZ oraz pkt 3 załącznika do części A SIWZ „Wzór formularza Oferta” oraz załącznik nr 1 do Umowy stanowiącej część CI SIWZ, poprzez wskazanie w pkt 3 załącznika do części A SIWZ ceny za dostawy netto w wysokości niższej niż Wartość Etapów Realizacji dotyczących dostaw wskazanych w załączniku nr 3 do Umowy stanowiącej część C 1 SIWZ;
-

i, w zakresie pkt 9.1.6, części B.2. SIWZ poprzez zaoferowanie urządzeń nie spełniających wymagań określonych w pkt 9.1.6. części B.2. SIWZ, zwłaszcza w ustawie o dozorcze technicznym

II art. 82 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Erbud pomimo sprzeczności treści tej oferty z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tj.:

a.pkt 9.1.1. części B2 SIWZ oraz pkt 1.2.1.4. części B3 SIWZ poprzez zaoferowanie Przedmiotu Zamówienia/Przedmiotu Umowy, który nie spełnia wymagania postawionego przez Zamawiającego co do zastosowania „urządzeń sprawdzonych eksploatacyjnie”,
b.załącznik nr 3 do umowy (Część C.2. SIWZ) poprzez wskazanie w pkt 6 harmonogramu Daty zakończenia Etapu Realizacji przypadające na dzień po 26 dniu danego miesiąca wbrew wytycznym zawartym w załączniku nr 3 do Umowy (część C.2. SIWZ),

III art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy PZP w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania (a w rezultacie uznanie ofert za odrzucone):

a. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Warbud

b. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Erbud pomimo nie spełnienia przez ww. wykonawców wskazanych przez zamawiającego w SIWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

IV art. 24. ust. 2 pkt 3) ustawy PZP w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania (a w rezultacie uznanie ofert za odrzucone) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Erbud Industry Sp. zoo. z o.o. z siedzibą w Toruniu oraz Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie pomimo złożenia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie wykazu wykonanych przez wykonawcę zamówień.

V. art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy PZP w zw. z art. 22. Ust. 1 pkt 4) ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania (a w rezultacie uznanie oferty za odrzuconą) wykonawcy Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie pomimo nie spełnienia przez ww. wykonawcę wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania określonej sytuacji ekonomicznej i finansowej.

VI. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 82 ust. 1 w zw. z art. 84 ust. 1 ustawy PZP poprzez uznanie za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Transsystem Sp. z o.o. z siedzibą w Woli Dalszej 367, 37-100 Łącut, Financing&Manufacturing&Know - How Sp. z o.o. z siedzibą w Kraskowie 80, 46-200

Kluczbork z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty i dokonanie poprawek w ofercie ww. wykonawców w następującym zakresie:

- Załącznik nr 3 do Umowy - Harmonogram Rzeczowo - Finansowy, str. 151 oferty - poz. 6, 38, 30

- Załącznik nr 4 do Umowy - Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy, str. 153-154 Umowy-poz. 9, 21, 53, 57, 58, 59, 60, 67, 68, 69.

VII. art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 82 ust. 1 w zw. z art. 84 ust. 1 ustawy PZP poprzez uznanie za oczywistą omyłkę pisarską części oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Transsystem Sp. z o.o. z siedzibą w Woli Dalszej 367, 37-100 Łącut, Financing&Manufacturing&Know - How Sp. z o.o. z siedzibą w Kraskowie 80, 46-200 Kluczbork z SIWZ, i dokonanie poprawek w ofercie ww. wykonawców w następującym zakresie:

- Załącznik nr 3 do Umowy - Harmonogram Rzeczowo - Finansowy, str. 151 oferty - poz. 32, 33.

VIII. art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy PZP w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Transsystem Sp. z o.o. z

siedzibą w Woli Dalszej 367, 37-100 Łańcut, Financing&Manufacturing&Know - How Sp. z o.o. z siedzibą w Kraskowie 80, 46-200 Kluczbork oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Erbud Industry Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu oraz Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie pomimo nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania określonych uprawnień (art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP).

W powyżej przedstawionym zakresie zostały przedstawione zarzuty wobec trzech wykonawców poprzedzających ofertę odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Zamawiający złożył **wniosek o odrzucenie odwołania** jako wniesionego po upływie ustawowego terminu wyznaczonego na doręczenie kopii odwołania zamawiającemu. Przywołał ustawowy obowiązek po stronie odwołującego doręczenia kopii odwołania zamawiającemu w taki sposób aby mógł zapoznać się z jego treścią, przed upływem terminu

Sygn. akt KIO 370/16

do wniesienia odwołania. Wniosek zamawiającego wpłynął do Izby w formie elektronicznej w dniu 23 marca 2016 roku przed wyznaczonym na dzień 24 marca 2016 roku posiedzeniem Izby, w piśmie będącym odpowiedzią na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło trzech wykonawców to jest: 1) Konsorcjum ERBUD INDUSTRY- ERBUD w dniu 17 marca 2016 roku z wnioskiem o oddalenie odwołania; 2) Control Process S.A. w dniu 18 marca 2016 roku z zaznaczeniem wniesionego we własnym zakresie odwołania co do wyboru oferty Konsorcjum WARBUD S.A. i zaniechania odrzucenia (względnie wykluczenia) z postępowania wykonawców Konsorcjum ERBUD; 3) Konsorcjum WARBUD w dniu 18 marca 2016 roku z wnioskiem o odrzucenie odwołania na podstawie art.189 ust.2 pkt 7 w związku z art.180 ust.5 ustawy Pzp. z uwagi na nie przekazanie zamawiającemu kopii odwołania w ustawowym terminie, ewentualnie jego oddalenie.

W dniu 23 marca 2016 roku odwołujący za pośrednictwem drogi elektronicznej pismem do Izby odniósł się do wniosku przystępującego Konsorcjum WARBUD o odrzucenie odwołania wnosząc o jego nie uwzględnienie. Odwołujący wskazał, że w dniu 14 marca 2016 roku złożył do oficjalnego punktu podawczego TAURON Wytwarzanie S.A. papierową wersję kopii odwołania, który znajduje się pod dotychczasowym adresem TAURON Wytwarzanie S.A. ul. Lwowska 23; 40-389 Katowice. Elektroniczna kopia odwołania została przekazana w dniu kolejnym to jest 15 marca 2016 roku. Jednocześnie odwołujący wskazuje, że pisma kierowane do zamawiającego przez KIO również są adresowane na ulicę Lwowską 23 w Katowicach.

Izba na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego dokonała następujących ustaleń na podstawie wyjaśnień stron oraz złożonych dokumentów w sprawie. Zamawiający podtrzymał wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust 2 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na niedoręczenie w ustawowym terminie kopii odwołania. Nadmieniał, że po otwarciu postępowania nastąpiła zmiana w KRS co do siedziby spółki, tj z Katowic ul. Lwowska 23 na Jaworzno ul. Promienna 51. O tym fakcie zamawiający ogłosił w Dz.U. UE co uczynił 12.11.2015 r. oraz na stronie internetowej w dniu 04.11.2015 r. oraz powiesił ogłoszenie w siedzibie spółki w Jaworznie z tą informacją a także wysłał pismo do odwołującego w dniu 04.11.2015 r o zmianie siedziby. Zamawiający przywołał załączone do odpowiedzi na odwołanie między innymi zał. nr 2 korespondencja mailowa od R. K. (odwołujący) do G. B. (zamawiający) z 15.03.2016 r. godz. 14.35 gdzie odwołujący Famak w nawiązaniu do rozmowy telefonicznej przesyła na adres mailowy G. B. skan odwołania oraz zał. nr 3 tj. dowód złożenia kopii odwołania na której widnieje pieczęć TAURON Obsługa

Sygn. akt KIO 370/16

Klienta sp. z o.o. Katowice ul. Lwowska 23 ze stemplem 14.03.2016 r. oraz pieczęcią KIO

wpłynęło data 14.03.2016 r. i pieczęć przyjęto 14.03.2016 r. Katowice ul. Lwowska 23 oraz oznaczony jest na tym piśmie faks 15.03.2016 r. godz. 17.12. Zamawiający przywołuje te dowody na potwierdzenie, że w dniu 15.03.2016 r. odwołujący przesłał do zamawiającego faks i mail o złożeniu w dniu 14.03.2016 roku wersji papierowej odwołania w spółce TAURON Obsługa Klienta ul. Lwowska 23 w Katowicach. Zamawiający przywołał również zał. Nr 4 do odpowiedzi na odwołanie to jest pismo Tauron Wytwarzanie zamieszczone na stronie internetowej, gdzie zamawiający informuje, że od 28.10.2015 r. siedzibą jest Jaworzno i od tego dnia zamawiający działa pod adresem Promienna 51, 43 – 603 Jaworzno. W związku z powyższym na podstawie art. 38 ust 4 ustawy Pzp zamawiający informuje, że ilekroć w SIWZ pojawia się adres ul. Lwowska 23, 40 – 389 Katowice, zastępuje się go adresem Promienna 51, 43 – 603 Jaworzno. Zamawiający przywołuje również załączoną do odpowiedzi na odwołanie Zbiorcza informacja ze strony internetowej zamawiającego z której wynika, że dnia 04.11.2015 r. zamieszczono pismo plik o zmianie SIWZ – siedziba TW (W_00920_Zmiana SIWZ - siedziba_TW.pdf data zamieszczenia pliku:2015-11-04 08:49). W tym dokumencie jest również informacja, że dnia 12.11.2015 r. sprostowano ogłoszenie o zamówieniu co uczyniono informując 12.11.2015 r.(sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu 2 pdf data zamieszczenia pliku:2015-11-12 09:22).Z kolei załącznik nr 5 do odpowiedzi na odwołanie Ogłoszenie dodatkowych informacji strony od 1 do 5 Sekcja VI: Informacje uzupełniające VI.3.5. Adresy i punkty kontaktowe, które należy poprawić TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna ul. Promienna 51 43-603 Jaworzno data wysłania ogłoszenia 12.11.2015 roku. (Zał. nr 5 do odpowiedzi na odwołanie dowód ogłoszenia w Dz. U. U E o obowiązku poprawienia adresu i punktów kontaktowych podmiotu zamawiającego na ul. Promienna 51, 43 – 603 Jaworzno z podaniem faksu, data wysłania ogłoszenia 12.11.2015 r.). Załącznik nr 6 do odpowiedzi na odwołanie pismo z dnia 04.11.2015 r. adresat odwołujący treść jak w przywołanym powyżej zał. nr 4. Z treści przesyłki mailowej wynika, że w załączeniu przesyła się skan pisma ze zmianą treści SIWZ: zmiana siedziby zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu oraz informuje się, że korespondencja została wysłana za potwierdzeniem jej nadania i otrzymania do odwołującego firmą kurierską TNT oraz informacja, że planowane doręczenie oryginału w wersji papierowej to dzień jutrzejszy i dodatkowo wskazanie gdzie na stronie internetowej zamawiający zamieścił informacje.

Odwołujący na posiedzeniu wnosił o nie uwzględnienie wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania; przedstawiając argumentację z przywołaniem odpowiedzi z dnia 23.03.2016 r. wskazując nie tylko treść art. 189 ust 2 pkt 7 ale na treść art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. o obowiązku doręczenia kopii odwołania zamawiającemu tak aby mógł zapoznać się z

Sygn. akt KIO 370/16

jego treścią przed upływem terminu na wniesienia odwołania. W ocenie odwołującego okoliczność złożenia w spółce pełniącej funkcje obsługi kancelaryjnej spółek z grupy TAURON wyczerpuje obowiązek zawiadomienia zamawiającego przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób aby mógł zamawiający zapoznać się w tym terminie z treścią odwołania. Odnosząc się do przywoływanego przez zamawiającego pisma z 04.11.2015 r. stwierdza, że mówi się tam o zmianie adresu, siedziby z przywołaniem SIWZ ale nic nie mówi się gdzie należy składać odwołanie. Dzisiaj na posiedzeniu zamawiający oświadczył, że dopuszczał jako adresy korespondencyjne w tym postępowaniu co najmniej 2 adresy w Jaworznie tj. Promienna 51 i Energetyków 15. Odnosząc się do załączonego zawiadomienia o złożeniu odwołania z 16.03.2016 r. w trybie 185 ust 2 – 5 ustawy w piśmie tym uważamy, że TAURON potwierdził, iż 14.03.2016 r. obsługująca go kancelaria otrzymała kopie odwołania (3 akapit). Drugi zał. ma świadczyć, że nie kwestionujemy zmiany adresu. W przypadku dokumentów finansowo – księgowych oraz pozostałej korespondencji związanej z obsługą księgową realizowanych transakcji adresem pozostaje Lwowska 53 w Katowicach, uważamy, że z tego zdania wynika możliwość czasowego odbioru korespondencji w Katowicach ul. Lwowska 53. 3 dokument świadczy o tym, że TAURON Obsługa Klienta jest to spółka w ramach grupy TAURON, która ma pełnić funkcję przyjmowania korespondencji w tym kopii odwołania, wynika to ze zdania spółka prowadzi ponadto obsługę kancelaryjną innych spółek grupy TAURON a także koordynuje projekty rozwojowe na ich zlecenie. W naszej ocenie na ich zlecenie odnosi się także do drugiej części zdania tj. projekty rozwojowe. Składa również zdjęcie tablicy informacyjnej

zlokalizowanej przez budynek ul. Lwowska 23 w Katowicach, jest to tablica z informacjami o prowadzonych zamówieniach publicznych, ogłoszenia, a widniejący napis brzmi zamówienia publiczne TAURON Wytwarzanie S.A. Uważam, że skoro przed budynkiem na Lwowskiej mieści się taka tablica zamówienia publiczne TAURON Wytwarzanie S.A. to jest to dowód na to, że pod tym adresem można składać wszelką korespondencję dot. zamówień publicznych w tym kopie odwołań, tym bardziej, że pod tym adresem mieści się

Sp. z o.o. Ponadto również KIO oznaczyła spółka TAURON Obsługa Klienta zamawiającego na Lwowską 23. Wnioskuje, że jednak to biuro pełni obsługę skoro zamawiający został powiadomiony mimo, że nie ma siedziby na Lwowskiej 23.

Dodatkowo odwołujący Pan P. M. wiceprezes zarządu FAMUR FAMAK S.A. z s. w Kluczborku (Lider konsorcjum) wyjaśnił do protokołu, że jego pracownik pan R. K. osobiście rano zawoził na Lwowską w Katowicach kopię odwołania, a potem do KIO do Warszawy, który poinformował, że pracownicy tego biura powiedzieli, że złożenie u nich kopii odwołania skutkuje tak samo jak by ta kopia była złożona w TAURON Wytwarzanie. Chcąc sprawdzić tę sytuację to sam zadzwonił do biura obsługi i powiedzieli, że data przystawiona na piśmie

Sygn. akt KIO 370/16

to jest tak jakby zostało to złożone w Jaworznie. Byliśmy przekonani i nadal jesteśmy, że kopię odwołania mogliśmy złożyć na Lwowskiej.

Z kolei w imieniu zamawiającego zastępca dyrektora ds. technicznych Pan W. O. oświadczył do protokołu, że TAURON Obsługa Klienta nie prowadzi pełnej obsługi kancelaryjnej TAURON Wytwarzanie. Zakwestionował także wiarygodność zdjęcia, jest to nieaktualna tablica. Te ogłoszenia na tej tablicy dotyczą ogłoszeń gdy siedziba była na Lwowskiej, a teraz mamy siedzibą na Promiennej, a zawiadomienia o rozprawie z KIO otrzymujemy faksem a faksy i adresy mailowe nie zmieniły się. Również w SIWZ faksy i maile nie zmieniły się.

Izba zważyła

Wniosek zamawiającego co do odrzucenia odwołania na podstawie art.189 ust.2 pkt 7 ustawy Pzp. w związku z art. 180 ust.5 ustawy Pzp. zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 189 ust.2 pkt 7 ustawy Pzp. odwołanie podlega odrzuceniu w sytuacji nie przesłania kopii odwołania zamawiającemu w myśl art.180 ust.5 ustawy Pzp. Z kolei treść art.180 ust.5 ustawy Pzp. wymaga od wykonawcy składającego odwołanie przesłania jego kopii zamawiającemu w taki sposób i w takim terminie aby mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Przepis ten zakłada również domniemanie, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia pod pewnym warunkiem. Warunkiem domniemanie jest przesłanie kopii odwołania do zamawiającego przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art.27 ust.2 ustawy Pzp. to jest faksem lub droga elektroniczną.

W przedmiotowej sprawie, dla skutecznego przesłania zamawiającemu kopii odwołania, było jego przesłanie najpóźniej w dniu 14 marca 2015 roku to jest w dniu w którym upływał ustawowo określony 10 dniowy termin do wniesienia odwołania. Termin 14 marca 2016 roku jako końcowy termin do wniesienia odwołania nie był terminem kwestionowanym przez żadną ze stron postępowania odwoławczego. Natomiast sporna pomiędzy stronami była okoliczność czy zamawiający mógł w dniu 14 marca 2016 roku zapoznać się z treścią odwołania. Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w odpowiedzi na odwołanie w dniu 23 marca 2016 roku twierdząc, że treść odwołania mogła być jemu najwcześniej znana w dniu 15 marca 2016 roku czyli z przekroczeniem terminu, który upłynął w dniu 14 marca 2016 roku.

Sygn. akt KIO 370/16

Bowiem dopiero z maila przesłanego przez odwołującego w dniu 15 marca 2016 roku, do którego załączył scan odwołania, zamawiający powziął wiadomość o tym, że odwołujący

wniósł odwołanie.

Z kolei odwołujący również w dniu 23 marca 2016 roku złożył do Izby pismo w którym, odniósł się do wniosku przystępującego Konsorcjum WARBUD o odrzucenie odwołania z powodu przekroczenia terminu doręczenia kopii odwołania zamawiającemu.

Odwołujący legitymował się dowodem w postaci potwierdzenia złożenia kopii odwołania w miejscu dotychczasowej siedziby zamawiającego (ul. Lwowska 23 Katowice) nie kwestionując faktu zmiany adresu siedziby zamawiającego na dzień składania odwołania (na ul. Promienna 51 Jaworzno). Odwołujący nie zaprzeczył, że w dniu 4 listopada 2015 roku został powiadomiony przez zamawiającego o zmianie SIWZ w trybie art.38 ust.4 ustawy Pzp. Zmiana SIWZ polegała na zmianie adresu siedziby zamawiającego z ul. Lwowskiej 23 w Katowicach na ul. Promienną 51 w Jaworznie.

Niemniej odwołujący twierdził, że złożenie w dniu 14 marca 2016 roku kopii odwołania na ul. Lwowskiej 23 w Katowicach w siedzibie spółki z grupy TAURON to jest TAURON Obsługa Klienta Sp. z o.o. jest tak samo skuteczne jak złożenie kopii odwołania w TAURON Wytwarzanie S.A. w Jaworznie ul. Promienna 51.

Strony przywoływały szereg argumentów i dowodów mających na celu potwierdzić ich racje, które Izba przedstawiła powyżej w części uzasadnienia niniejszego postanowienia dotyczącego ustaleń Izby.

Izba dokonując oceny stanu faktycznego i prawnego w sprawie w kontekście treści art.180 ust.5 ustawy Pzp. stwierdza, że odwołujący bezskutecznie powołuje się na domniemanie prawne, które w jego ocenie powinien obalić zamawiający. Z treści tego przepisu wynika, że na prawo domniemania może powoływać się odwołujący, jeżeli dostarczył kopię odwołania zamawiającemu drogą faksową albo elektroniczną to jest w jednej z form, które wymienia się w art. 27 ust.2 ustawy Pzp.

Izba w przedmiotowej sprawie ustaliła, co potwierdził sam odwołujący, że w dniu 14 marca 2016 roku jego pracownik złożył papierową wersję odwołania bezpośrednio w Biurze TAURON Obsługa Klienta Sp. z o.o. przy ul. Lwowskiej 23 w Katowicach. Z kolei sam odwołujący wskazał, że następnego dnia to jest 15 marca 2016 roku przesłał scan odwołania mailem do zamawiającego to jest TAURON WYTWARZANIE S.A. ul. Promienna 51 w Jaworznie. Jak wyjaśnił na rozprawie pełnomocnik zamawiającego Pan . M. wiceprezes zarządu spółki FAMUR FAMAK S.A. z s. w Kluczborku (Lider Konsorcjum) odwołanie nie zostało zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego dlatego je przesłał w dniu 15 marca 2016 roku drogą elektroniczną. Odwołujący uważa, że dotrzymał terminu, który

Sygn. akt KIO 370/16

upływał 14 marca 2016 roku, mylnie powołując się na prawo domniemania możliwości zapoznania się z treścią odwołania w terminie przez zamawiającego.

Stanowisko odwołującego jest błędne, ponieważ w ostatnim dniu upływu terminu na wniesienie odwołania, kopia odwołania została doręczona bezpośrednio, przy czym na adres nieaktualny a zamawiający zaprzeczył zapoznaniu się z jej treścią w tymże dniu. Bowiem dla domniemania zapoznania się z treścią odwołania w myśl przepisu art.180 ust.5 ustawy Pzp. wymagana jest droga faksu czy też droga elektroniczna a czego odwołujący do upływu terminu wniesienia odwołania nie dotrzymał.

Dostarczenie kopii odwołania w formie bezpośredniej jest jak najbardziej dopuszczalne w myśl art.180 ust.5 w związku z art.27 ustawy Pzp., ponieważ ustawa przewiduje, że nie można wykluczyć formy pisemnej na rzecz formy faksowej czy mailowej. Niemniej w przypadku formy bezpośredniej dostarczenia kopii odwołania to jest w tzw. formie papierowej nie przysługuje domniemanie jego doręczenia. Tym samym w przypadku zaprzeczenia zamawiającego co do zapoznania się z treścią odwołania dowód doręczenia w terminie kopii odwołania obciąża odwołującego.

Izba dokonując oceny przedstawionych dowodów w sprawie (przywołane strony internetowe spółki TAURON Obsługa Klientów Sp. z o.o. w zakresie jej przedmiotu działalności w tym obsługi kancelaryjnej spółek grupy TAURON; zaprzeczenie co do pełnej obsługi kancelaryjnej przez pełnomocnika zamawiającego Z-cę Dyrektora ds. Technicznych w osobie Pana W. O. oraz wobec stanowiska zamawiającego w piśmie z dnia 23 marca 2016 roku doręzonego w oryginale na rozprawie w dniu 24 marca 2016 roku zawierającego oświadczenie pełnomocnika w osobie prawnika Pani K. K.) nie znalazła podstaw do ustalenia, że zamawiający mógł do upływu terminu na wniesienie odwołania zapoznać się z

jego treścią.

Tym samym Izba związana brzmieniem art.189 ust.2 pkt 7 w związku z art.180 ust.5 ustawy Pzp. odrzuciła odwołanie na posiedzeniu bez prawa merytorycznego rozpoznania odwołania na rozprawie.

Na marginesie Izba wskazuje, że dla rozpoznania wniosku o odrzucenie odwołania nie ma znaczenia okoliczność wysłania przez KIO zawiadomienia zamawiającego na adres już nie obowiązujący to jest ul. Lwowską 23 w Katowicach. Zastosowanie przez KIO adresu z odwołania nie uzdrawia skutku doręczenia kopii odwołania pod niewłaściwy adres.

Podsumowując nawet błędnie oznaczony adres nie spowodowałby braku przesłania zamawiającemu kopii odwołania w przypadku przesłania jej faksem lub mailem, ponieważ numer faksu i oznaczenie maila nie uległo zmianie mimo zmiany adresu zamawiającego.

Natomiast pozostawienie kopii odwołania pod adresem Lwowska 23 w Katowicach w dniu 14 marca 2016 roku nie zapewniło zamawiającemu możliwości zapoznania się z treścią odwołania do upływu terminu na wniesienie odwołania.

Sygn. akt KIO 370/16

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. i § 3 pkt1) i § 5 ust.4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41 poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł. uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

członkowie

.....