

POSTANOWENIE
z dnia 25 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **25 czerwca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Sidrog Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum, COLAS Polska Sp. z o.o. – Partner ul. Polna 29, 98-235 Błaszki** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich ul. Sienkiewicza 3, 90-113 Łódź** protestu z dnia **30 maja 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Sidrog Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum, COLAS Polska Sp. z o.o. – Partner ul. Polna 29, 98-235 Błaszki

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Sidrog Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum, COLAS Polska Sp. z o.o. – Partner, ul. Polna 29, 98-235 Błaszki**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: Sidrog Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum, COLAS Polska Sp. z o.o. – Partner ul. Polna 29, 98-235 Błaszki** na rzecz **Zarządu Dróg Wojewódzkich ul. Sienkiewicza 3, 90-113 Łódź** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Sidrog Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum, COLAS Polska Sp. z o.o. – Partner, ul. Polna 29, 98-235 Błaszki**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi, ul. Sienkiewicza 3 wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego p.n. Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 449 na odcinku granica województwa - Błaszki - odcinek od km 64+821 do km 70+860. Ogłoszenie ukazało się w Dz. U. UE 22.03.2008 r. Nr 2008/S 58-078279.

10.04.2008 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień, a szczególnie w odpowiedzi na pytanie 8 Zamawiający dopuścił możliwość dowozu mieszanki mineralno-bitumicznej SMA z czasem od wyprodukowania do wbudowania do 2 godzin.

06.05.2008 r. (w protokole ZP-1 jest 2007 r.) Zamawiający dokonał otwarcia ofert. Kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 29 857 142,83 zł brutto. Złożono 6 ofert.

20.05.2008 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i poinformował o tym pisemnie wykonawców.

Pismem z dnia 28.05.2008 r. konsorcjum Sidrog (Sidrog Sp. z o.o. i Colas Sp. z o.o.) złożyło protest na: zaniechanie odrzucenia oferty PRDiM Bełchatów ze względu na to, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji i zawiera rażąco niską cenę. PRDiM Bełchatów zaoferował dowóz i wbudowanie warstwy ścieralnej z mieszanki mineralno-bitumicznej SMA w ciągu 2 godzin, a odległość od wytwórni mas bitumicznych do miejsca remontu wynosi około 96 km. Ponadto w przypadku gorszej pogody, późniejszej pory roku czas dowozu i wbudowania mieszanki SMA musi ulec skróceniu. Protestujący dowodzi, że nie jest możliwe w czasie 2 godzin dowieźć na taką odległość mieszanki i wbudować jej w miejscu remontu.

Ponadto Protestujący dowodzi, że ceny w zakresie pozycji kosztorysowych w Formularzu wyceny ofertowej IV/D/41 i 4/D/2 są rażąco niskie i nie odzwierciedlają nawet ceny zakupu kruszywa lub są równe tylko cenie warstwy tłucznia.

Protestujący wnosi o:

- 1) odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i Mostowych S.A. Bełchatów, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia a ponadto zawiera rażąco niską cenę;
- 2) ponowne dokonanie czynności badania i oceny złożonych ofert;
- 3) uznanie oferty Protestującego jako najkorzystniejszej.

06.06.2008 r. Zamawiający oddalił protest, stwierdzając, że protest został złożony w terminie. Zdaniem Zamawiającego Protestujący nie wykazał, że jest inna odległość wytwórni mas bitumicznych od miejsca wbudowania niż 90,7 km (dane z Internetu). Jeżeli nawet należałoby poddać w wątpliwość wiarygodność danych dotyczących czasu dostarczenia masy bitumicznej do miejsca wbudowania, to Zamawiający byłby zobowiązany zastosować się do unormowania art. 26 ust. 3 Pzp, a tego nie dotyczył protest. Dlatego protest został oddalony.

Zamawiający nie stwierdził zastosowania rażąco niskiej ceny, gdyż cena wybranego wykonawcy była o około 9,5% niższa niż cena Protestującego. Zamawiający biorąc pod uwagę rozbieżność zaoferowanych cen i kosztorysu inwestorskiego wystosował pismo, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp z żądaniem wyjaśnienia czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wybrany wykonawca przekazał w terminie wyjaśnienia, które rozwiały wątpliwości

Zamawiającego i dlatego nie miał podstawy do odrzucenia tej oferty, a w trakcie oceny ofert ta oferta została wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

11.06.2008 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (pismo z 10.06.2008 r.) Protestujący wniósł na piśmie odwołanie (wpływ do Prezesa UZP dnia 16.06.2008 r. i jednocześnie nadał pisemnie kopię do Zamawiającego. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez wybór oferty, prowadzący do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp;
- 4) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej pod względem cenowym, spełniającej wymagania Zamawiającego.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosi o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania Wykonawcy – Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i Mostowych S.A. w Bełchatowie;
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy – Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i Mostowych S.A. w Bełchatowie;
- 4) powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej przeprowadził posiedzenie niejawnie dopuszczając do udziału strony i pełnomocników stron postępowania.

W czasie posiedzenia ustalono w sposób bezsporny, że Odwołujący nadał w placówce operatora publicznego (dowód potwierdzenie nadania z dnia 11.06.2008 r.) kopię odwołania Zamawiającemu w dniu 11 czerwca 2008 r. oraz wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 11 czerwca 2008 r. Był to ostatni dzień pięciodniowego terminu na wniesienie odwołania.

Przepis art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, iż cyt.:
„Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 5 dni od dnia doręczenia

4

rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując jego kopię zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu”.

Wobec doręczenia w dniu 6 czerwca 2008 r. decyzji Zamawiającego o odrzuceniu protestu, Odwołujący do dnia 11 czerwca 2008 r. do godziny 24:00 mógł wnieść odwołanie.

Przesłanką skuteczności wniesionego do Prezesa UZP odwołania jest jego złożenie w ww. terminie z jednoczesnym przekazaniem kopii odwołania Zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej jest równoznaczne z jego wniesieniem, ale odnosi skutek prawny wyłącznie wobec Prezesa Urzędu, o czym *expressis verbis* stanowi przepis art. 184 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp. Nie odnosi natomiast takiego skutku wobec Zamawiającego – Postanowienie KIO z dnia 13 grudnia 2007 r. (sygn. akt KIO/UZP 1413/07). Zgodnie z orzeczeniami wydanymi przez Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 117/07) oraz z dnia 27 kwietnia 2007 r. (sygn. akt V Ca 467/07), *„O zachowaniu terminu na przekazanie kopii zamawiającemu i wywiązanie się z obowiązku jednoczesności możemy mówić, gdy kopia tego odwołania dotrze do Zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie”.* W przedmiotowej sprawie termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 11 czerwca 2008 r., a Zamawiający otrzymał kopię samego odwołania dopiero w dniu 16 czerwca 2008 r., a więc po upływie terminu na wniesienie odwołania.

O zachowaniu terminu na przekazanie kopii Zamawiającemu i wywiązanie się z obowiązku jednoczesności możemy mówić wtedy, gdy kopia tego odwołania dotrze do Zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie. Składający odwołanie może jego kopię nadać do Zamawiającego pocztą, jednak by uznać za spełniony warunek określony w przepisie, do wiadomości adresata musi ona dotrzeć w czasie przewidzianym ustawą Pzp dla jego wniesienia, czyli w ciągu 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu - Postanowienie KIO z dnia 7 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 31/07).

Przesłanką formalną do rozstrzygnięcia odwołania wynikająca z przepisu art. 184 ust. 2 Pzp – jest jednoczesne przekazanie odwołania Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych i kopii zamawiającemu i jest ona spełniona dopiero wówczas, gdy najpóźniej ostatniego dnia upływu terminu zawitego do złożenia odwołania zamawiający zostanie skutecznie powiadomiony o skorzystaniu przez wykonawcę z tego środka ochrony prawnej. *Ratio legis* przepisu art. 184 ust. 2 Pzp polega bowiem na tym, aby Zamawiający nie pozostawał w stanie niepewności co do tego, czy protest został ostatecznie rozstrzygnięty i aby mógł bezpośrednio po upływie terminu zawitego do złożenia odwołania skutecznie zawrzeć

5

umowę z wybranym wykonawcą - Postanowienie KIO z dnia 13 grudnia 2007 r. (sygn. akt KIO/UZP 1413/07).

Uchybienie obowiązku przekazania kopii odwołania Zamawiającemu, zgodnie z przepisem art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, skutkuje odrzuceniem odwołania na posiedzeniu niejawnym – zgodnie z przepisem art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 184 ust. 6 Pzp przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – kodeks postępowania cywilnego stosuje do postępowania odwoławczego jeżeli ustawa Pzp nie stanowi inaczej, a w rozpatrywanej sprawie obowiązują przepisy art. 184 ust. 2. Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 5 i 6 ustawy - Prawo zamówień Publicznych i § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

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) na niniejsze wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*