

POSTANOWENIE
z dnia 12 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron dnia 12 kwietnia 2011 r. w Warszawie, odwołania wniesionego dnia 07 kwietnia 2011 r. przez **BRUK-BET Sp. z o. o., Nieciecza 199, 33-240 Nieciecza**, od czynności Zamawiającego, którym jest **Rejonowe Przedsiębiorstwo Zieleni Sp. z o. o., ul. Lecha 11 a, 25-622 Kielce**

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **BRUK-BET Sp. z o. o., Nieciecza 199, 33-240 Nieciecza** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **BRUK-BET Sp. z o. o., Nieciecza 199, 33-240 Nieciecza** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej: „Pzp” którego przedmiotem jest: „*Zakup produktów betonowych na potrzeby Rejonowego Przedsiębiorstwa Zieleni Sp. z o. o.*” (znak 10/PN/2011) – wszczętym ogłoszeniem o zamówieniu zamieszczonym w dniu 10.03.2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 80065-2011.

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SIWZ” zamieszczoną dla przedmiotowego postępowania na stronie internetowej przez Rejonowe Przedsiębiorstwo Zieleni Sp. z o. o., ul. Lecha 11 a, 25-622 Kielce zwane dalej: „Zamawiającym” wartość zamówienia oszacowano na kwotę nieprzekraczającą wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 30.03.2011 r., a dostarczonym Wykonawcom w dniu 31.03.2011 r. faxem, poinformował o wynikach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia, a w szczególności o odrzuceniu oferty BRUK-BET Sp. z o. o., Nieciecza 199, 33-240 Nieciecza zwanej dalej: „BRUK-BET Sp. z o. o.” albo „Odwolującym” oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Pol-Bruk S.A., ul. Nowy Świat 16 c, 80-299 Gdańsk zwanego dalej: „Pol-Bruk S.A.”. W zawiadomieniu Zamawiający podał, iż: „na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odrzucono ofertę wymienionego Wykonawcy, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca ten nie przedstawił wymaganych w SIWZ deklaracji zgodności z normami. Załączone deklaracje do oferty i uzupełnione w ramach wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy nie potwierdzają, że przedstawione deklaracje odnoszą się do zaoferowanych produktów w złożonej ofercie. Wykonawca złożył oświadczenie, że w ramach jednej deklaracji dopuszczalne jest wystawienie deklaracji zgodności do szerszej grupy produktów, Zamawiający nie kwestionuje takiej możliwości jeżeli w załączonej deklaracji będą wymienione produkty dla których ta deklaracja została wydana, natomiast w ocenie Zamawiającego niedopuszczalne jest posługiwanie się deklaracją na produkty, które nie

zostały precyzyjnie określone i nie można na podstawie deklaracji stwierdzić, który produkt był poddany badaniu przez laboratorium w celu wydania deklaracji zgodności”.

BRUK-BET Sp. z o. o. wniosła odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 Pzp na w/w czynności, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) zwanego dalej: „Prezes KIO” w dniu 07.04.2011 r. (prezentata na piśmie). Pismo zawierające odwołanie zostało nadane listem poleconym w placówce operatora

publicznego w dniu 05.04.2011 r. (stempel na kopercie placówki pocztowej operatora publicznego). Odwołanie podpisał Viceprezes Zarządu mgr Danuta W ujawniona w KRS-ie załączonym do odwołania i umocowana do samodzielnej reprezentacji. Wpis uiszczonego 04.04.2011 r. (dowód uiszczenia wpisu). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 05.04.2011 r. (faxem). W dniu 05.04.2011 r. przesłano także faxem do Prezesa KIO odwołanie – czyli w formie niezgodnej z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280).

Odwołujący wskazywał na naruszenie przez Zamawiającego:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty BRUK-BET, pomimo tego, iż jest ona zgodna z treścią SIWZ,
- b) art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp, poprzez wezwanie Odwołującego do przedłożenia deklaracji zgodności co do każdego produktu należącego do przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy SIWZ nie przewidywała takiego wymogu. Wnosił o nakazania Zamawiającemu: a) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, b) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego. Ponadto, Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych, o ile Odwołujący nie przedłożył spisu kosztów. Odwołujący kwestionował zgodność z przepisami Pzp wyżej opisanej czynności Zamawiającego w odniesieniu do odrzucenia jego oferty BRUK-BET, a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty Pol-Bruk S.A.

Odwołujący w pierwszej kolejności wskazywał, iż jego oferta nie powinna w żadnym wypadku zostać odrzucona. Stosownie do art. 44 Pzp Wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty. Przywołał treści pkt 10.4 SIWZ, gdzie Zamawiający zastrzegł, że: „Zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowane przez Wykonawców dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, wymaga przedstawienia: atestu, który potwierdzi, że zamówione materiały są dopuszczone do stosowania w budownictwie i posiadają potwierdzone za zgodność z oryginałem deklaracje zgodności z normami m.in. PN-EN1338 dla kostki brukowej, PN-EN 1339 Płyty betonowe, PN-EN 1340 dla krawężników betonowych.”. Zatem Zamawiający jedynie ogólnie wskazał, iż chodzi o deklaracji zgodności zamówionych materiałów z normami dla: kostki brukowej, płyt betonowych oraz krawężników betonowych.

Z powyższego wynika, iż dla wykazania spełnienia powyższego zastrzeżenia wystarczającym było złożenie przez Wykonawcę dokumentu, zaświadczającego, że materiały będące przedmiotem przetargu są dopuszczone do stosowania w budownictwie i spełniają normy określone dla danej grupy produktów. Odwołujący przedłożył w toku

postępowania przetargowego dokumenty wymagane przez Zamawiającego w SIWZ. Pismem z dnia 22.03.2011 r. Zamawiający w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Wykonawcę do przedłożenia deklaracji zgodności: „do każdego produktu należącego do przedmiotu zamówienia w tabeli, w załączniku nr 1 do SIWZ, /charakterystyka przedmiotu zamówienia, pozycje od 1 do 20/. Art. 26 ust. 3 Pzp stanowi, iż: „Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. ". Z kolei zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp „w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1) warunków udziału w postępowaniu,

2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert."

Znamiennym w niniejszym postępowaniu jest fakt, iż Zamawiający nie wskazał w SIWZ, iż Wykonawca ma obowiązek przedłożyć deklaracje zgodności do każdego produktu należącego do przedmiotu zamówienia w tabeli, w załączniku nr 1 do SIWZ, tymczasem domaga się ich dopiero po otwarciu ofert. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący złożył obszernie oświadczenie z dnia 24.03.2011 r., w którym wyjaśnił, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami, wystawia deklaracje dla grup produktów, np. dla kostki brukowej, a nie dla konkretnego produktu, np. dla kostki brukowej o grubości 6 cm, czego Zamawiający zresztą nie kwestionuje. W tej sytuacji Odwołujący podkreślił, iż skoro Zamawiający nie wskazał SIWZ, iż wymaga deklaracji zgodności co do konkretnego produktu, a jedynie żądał deklaracji zgodności co do danej grupy wyrobów, a to dla kostki brukowej, płyt betonowych i krawężników betonowych, to tym samym Zamawiający nie mógł żądać następnie deklaracji zgodności dla każdego wyrobu, a niewypełnienie żądania z całą pewnością nie mogło spowodować odrzucenia jego oferty. Odwołujący odnosząc się do

3

wezwania z dnia 22.03.2011 r., poinformował również Zamawiającego, iż parametry techniczne wyrobów produkowanych przez BRUK-BET spełniają wymagania:

- a) Polska Norma PN-EN 1338 „Betonowe kostki brukowe. Wymagania i metody badań”,
- b) Polska Norma PN-EN 1338 „Betonowe płyty brukowe. Wymagania i metody badań”,
- c) Polska Norma PN-EN 1338 „Krawężniki betonowe. Wymagania i metody badań”.

Odwołujący oświadczył, iż na wszystkie swoje wyroby posiada dokumenty dopuszczające je do obrotu i stosowania w budownictwie na zasadach określonych w ustawie z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. Nr 92, poz. 881) oraz rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie systemów oceny zgodności, wymagań, jakie powinny spełniać notyfikowane jednostki uczestniczące w ocenie zgodności, oraz sposobu oznaczania wyrobów budowlanych oznakowaniem CE (Dz. U. Nr 195, poz. 2011), co oznacza, iż Odwołujący (producent) dokonał oceny zgodności zgodnie z systemem 4 oceny zgodności wyrobów budowlanych w rozumieniu załącznika do tego rozporządzenia, załączając jednocześnie listę wyrobów będących przedmiotem procesu przetargowego ze wskazaniem odpowiedniego numeru deklaracji zgodności dla poszczególnych wyrobów.

Zamawiający do chwili otwarcia posiedzenia nie udzielił odpowiedzi na odwołanie. Śadne przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego nie miały również miejsca (wezwanie w dniu 06.04.2011 r. - faxem).

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

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 zw. z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę nieprzekraczającą wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Izba podnosi, że zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo

w terminie 10 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Zgodnie z „*Prawem Zamówień Publicznych po zmianach z 2009 r.*” pod redakcją J. Sadowego, UZP W-wa 2010 r., str. 63: „1. W przypadku, gdy zamawiający poinformował wykonawców (uczestników konkursu) o czynności podjętej lub zaniechanej, termin do wniesienia odwołania zależy od wartości zamówienia oraz od sposobu przesłania

4

wykonawcom informacji o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania, i wynosi: (.....)

2) gdy wartość zamówienia jest mniejsza od „progów unijnych”:

a) 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego drogą elektroniczną lub faksem

b) 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego winny sposób niż mailem lub faksem (...).”

Z treści odwołania wynika, że „Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej” wraz z informacją o odrzuceniu oferty Odwołującego zostało skutecznie przesłane faksem Odwołującemu w dniu 31.03.2011 r. Zaś forma faxowa była dopuszczona w Rozdz. 13 pkt 13.1 SIWZ (str. 5). W konsekwencji odwołanie winno być składane w terminie 5 dni od dnia doręczenia drogą faxową „Zawiadomienia”, co zgodne jest z treścią art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp. Termin, zaś na wniesienie odwołania upłynął dnia 05.04.2011 r. (powyższe potwierdza także Odwołujący w odwołaniu).

Jednocześnie, Izba wskazuje, że egzemplarz odwołania, który wpłynął do KIO w formie faxowej w dniu 05.04.2011 r. został przekazany niezgodnie z § 7 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280), stanowiącym, że z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę – korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną.

W rezultacie powyższe odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO - w dniu 07.04.2011 r. w formie pisemnej - należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Izba wskazuje także, iż w prawie polskim istnieją wyjątki od zasady doręczenia (art. 61 kc) i zgodnie z regułą *exceptiones non sunt extendendae* nie mogą one podlegać wykładni rozszerzającej. Do regulacji o charakterze szczególnym zaliczyć należy przepis art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp określający na wniesienie odwołania termin 5 dni od dnia przesłania (m.in. za pośrednictwem faxu) informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Przepis wprost zatem stanowi, iż bieg terminu na wniesienie odwołania rozpoczyna się od dnia przesłania informacji o unieważnieniu postępowania, a nie zapoznania się z jej treścią.

Z kolei przepisy Pzp co do terminów na złożenie odwołania (art. 182 ust. 1 Pzp) rozróżniają różne terminy w zależności od tego, czy owa informacja zostanie przesłana wykonawcy w sposób umożliwiający bezpośredni i szybki odbiór tej informacji – faks, e-mail (szybkie pozyskanie informacji) – przewidując krótsze terminy (10 dni w zamówieniach

5

o wartości równej lub przekraczającej wartości progów UE i 5 dni w zamówieniach o wartości nie przekraczającej tych progów), czy też w sposób, który oddali możliwość pozyskania informacji o czynności Zamawiającego od momentu jej przesłania – poczta, przewidując dłuższe terminy (15 dni w zamówieniach o wartości równej lub przekraczającej wartości progów UE i 10 dni w zamówieniach o wartości nie przekraczającej tych progów).

Jednocześnie, Izba zauważa, że po nowelizacji Pzp dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi KIO w terminie przewidzianym

w Pzp. W przepisach Pzp po jej nowelizacji brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa KIO. Przepisy Pzp w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji wyraźnie stanowiły, że: „*złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu*” (art. 184 ust. 2 zd. drugie Pzp). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie „*wniesienia odwołania*” z jego doręczeniem. Z kolei dotrzymanie terminu wniesienia skargi na orzeczenie Izby przez złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego zostało wyraźnie w Pzp przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie Pzp), co prowadzi do wniosku, że ustawodawca zdawał sobie sprawę z konsekwencji takiej regulacji. Gdyby bowiem wolą ustawodawcy było przyjęcie możliwości wniesienia odwołania z zachowaniem terminu z chwilą złożenia go na pocztę, to i w art. 182 Pzp takie rozwiązanie by wprost wprowadził.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło do Prezesa KIO pisemnie dnia 07.04.2011 r., a nie 05.04.2011 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdza, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 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. 189 ust. 3 zd. pierwsze Pzp oraz § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca

6

2010 r. 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 Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....

7