

Sygn. akt: KIO 1491/11

POSTANOWENIE
z dnia 20 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron **w dniu 20 lipca 2011 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lipca 2011 r. przez wykonawcę **ZUW URBEX Sp. z o.o., ul. Marii Skłodowskiej-Curie 182, 59-301 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Miejska Legnica, Plac Słowiański 8, 59-220 Legnica**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej „INSAN” Sp. Cywilna, K. Chryplewicz, B. Sowiecka, Z. Chryplewicz, ul. Wrzosowa 14, 59-300 Lublin**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1491/11 po stronie odwołującego.

orzeka:

- 1. odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **ZUW URBEX Sp. z o.o., ul. Marii Skłodowskiej-Curie 182, 59-301 Lublin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ZUW URBEX Sp. z o.o., ul. Marii Skłodowskiej-Curie 182, 59-301 Lublin** 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 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 Legnicy**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1491/11

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: *„Budowa Cmentarza komunalnego – I etap: droga dojazdowa, Krematorium, Dom Pogrzebowy, parkingi, 32 kwatery, aleje główne i boczne”*. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 163422 - 2011 z dnia 17.06.2011 r.

Zgodnie z informacją z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Gminę Miejska Legnica, Plac Słowiański 8, 59-220 Legnica zwaną dalej: „Zamawiającym” do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1491/11 wartość zamówienia oszacowano na kwotę nieprzekraczającą wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dnia 07.07.2011 r. faxem Zamawiający poinformował ZUW URBEX Sp. z o.o., ul. Marii Skłodowskiej-Curie 182, 59-301 Lublin zwany dalej: „ZUW URBEX Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, z uwagi na błędy w obliczeniu ceny, a także o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający podał, że ZUW URBEX Sp. z o.o. w kosztorysie wyceny przedmiaru robót dotyczącego „*Małej architektury - ogrodzenie - etap I*” w kolumnie nr 6 opisanej jako „*cena zł*” dla wszystkich pozycji podał wartości jednostkowe w tysięcznych częściach złotego, tj. 3 miejsca po przecinku. Tym samym, zdaniem Zamawiającego, naruszony został

pkt 12 Instrukcji dla Wykonawców Rozdz. 2 SIWZ nakazującego określenie cen jednostkowo - ryczałtowych do dwóch miejsc po przecinku. Określenie cen niezgodnie z powyższym zapisem taktowane będzie jako błąd w obliczeniu ceny skutkujący odrzuceniem oferty.

W dniu 14.07.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO - prezentata na piśmie), pismo z dnia 12.07.2011 r. ZUW URBEX Sp. z o.o. wniosła odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 Pzp wobec w/w czynności z Zamawiającego. Odwołanie podpisał Prokurent Mieczysław Cepiński oraz Prezes Zarządu Marek Urbaniak osoby ujawnione w KRS-ie załączonym do odwołania i umocowane do łącznej reprezentacji. Wpis uiszczone 12.07.2011 r. (dowód uiszczenia wpisu). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 12.07.2011 r. (wpływ bezpośredni do Sekretariatu Z-cy Prezydenta Miasta Legnicy). Odwołujący wskazywał, że niniejsze odwołanie dotyczy w/w czynności Zamawiającego polegającej na: 1) odmowie poprawy oczywistych omyłek rachunkowych

w obliczeniu ceny; 2) odrzuceniu oferty ZUW URBEX Sp. z o.o.; 3) unieważnieniu postępowania. Powyższej czynności, zarzucił brak podstaw do jej podjęcia, z uwagi na to, 1) została dokonana z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, z uwagi na nieskorygowanie oczywistych omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny; 2) została dokonana z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez nie uwzględnienie dokonanych przez Zamawiającego pismem z dnia 20.06.2011 r. uzupełnień SIWZ polegających między innymi, że udostępnieniu w formie elektronicznej (format ath.) kosztorysów wypełnionych w części dotyczącej przedmiaru robót, zawierających wiążące parametry dotyczące obliczenia ceny jednostkowej, odmienne od treści pierwotnie ogłoszonej; 3) przy uznaniu braku podstaw do odrzucenia oferty ZUW URBEX Sp. z o.o., unieważnienie postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp jest przedwczesne; 4) czynność z dnia 07.07.2011 r. została dokonana przez podmiot nie będący Zamawiającym, tj. Gminę Legnica. Z tych względów wnosił o uchylenie zaskarżonych czynności polegających na pominięciu czynności polegającej na poprawie omyłek rachunkowych przy obliczeniu ceny, odrzuceniu oferty ZUW URBEX Sp. z o.o., w konsekwencji uchylenie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania, i nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego oraz obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego, w tym kosztami według spisu kosztów przedłożonego na rozprawie.

Podjęta przez Zamawiającego decyzja, w ocenie Odwołującego, nie znajduje dostatecznego usprawiedliwienia tj. nie zachodziły podstawy do odrzucenia oferty ZUW URBEX Sp. z o.o. Zakwestionowany przez Zamawiającego kosztorys ofertowy - Mała architektura - ogrodzenie - etap I pozwala na ustalenie cen jednostkowych dotyczących poszczególnych pozycji zawartych w przedmiarach. Uzyskanie ceny jednostkowej możliwe jest w wyniku działania polegającego na podzieleniu wartości podanej w poz. 7 kosztorysu poprzez liczbę jednostek zawartą w poz. 5 tegoż kosztorysu. Poz. 7 kosztorysu jest iloczynem poz. 5 i 6 kosztorysu. Prawdliwość wyniku dzielenia (i sposobu zaokrąglania) można sprawdzić poprzez przemnożenie ceny jednostkowej poprzez liczbę jednostek. Ewentualne różnice są, zgodnie z powszechnymi zasadami w rachunkowości, zaokrąglane w ten sposób, że kwoty wynoszące: 1) mniej niż 0,5 groszy pomija się; 2) 0, 5 i więcej części groszy podwyższa się do pełnych groszy.

Wskazał także, iż błąd zawarty w kosztorysie nie wpłynął na treść rozstrzygnięcia, albowiem Zamawiający, oprócz cen jednostkowych, żądał podania ceny całkowitej, która została wyrażona w jednostkach pieniężnych. ZUW URBEX Sp. z o.o. na podstawie uzasadnienia wyroku KIO z dnia 10.01.2011 r., sygn. akt: KIO/UZP 2788/10 wnioskuje, że pozycje podane w kolumnie 6 kosztorysu stanowiły element kalkulacyjny niezbędny dla określenia całkowitej ceny oferty. W przeciwnym razie, konsekwencją powyższego wymogu

SIWZ będzie nie spełnianie zapisów polegających na podaniu po przecinku wartości „00” albowiem w polskim systemie płatniczym nie ma ceny „zerowej” (uchwała KIO z dnia 30.11.2010 r. KIO/KD 93/10). Zamawiający przy podejmowaniu rozstrzygnięć zawartych w piśmie z dnia 07.07.2011 r. pomija, że pismem z dnia 20.06.2011 r. dokonał uzupełnienia SIWZ w ten sposób, że udostępnił oferentom zawarty w formie elektronicznej (format ath.)

kosztorys wypełniony w części dotyczącej przedmiaru robót.

ZUW URBEX Sp. z o.o. przy sporządzeniu zakwestionowanego kosztorysu, posługiwał się jego wersją elektroniczną, udostępnioną przez Zamawiającego, którą uzupełnił o składniki cenotwórcze. Nie ingerował w treść udostępnionych ustawień, które były następujące: „zakładka kosztorys. Opcje kosztorysu: w zakładce: dokładność prezentacji jest parametr: wartość jednostkowa : trzy miejsca po przecinku”.

Tym samym Zamawiający dopuścił do występowania, w zakwestionowanym Kosztorysie ofertowym - Mała architektura - ogrodzenie - etap I, wyliczonym na podstawie udostępnionego formularza, cen jednostkowych zawierających trzy miejsca po przecinku, a więc różniących się od wymogów zawartych w Rozdz. 2 pkt 12 lit. a) instrukcji dla Wykonawców. Z uwagi na późniejsze udostępnienie formatu ath. - jako elementu SIWZ, stanowiło to modyfikację postanowień SIWZ.

W konsekwencji twierdzenie, że oferta ZUW URBEX Sp. z o.o. była sprzeczna z SIWZ w treści po uzupełnieniu dokonanych zmian pismem z dnia 20.06.2011 r. jest błędne. Okoliczności faktyczne wypełniają zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, z uwagi na nieskorygowanie oczywistych omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny, ewentualnie na uznaniu, że uzupełnienie SIWZ nie wpłynęło na sposób podania cen jednostkowych w zakwestionowanym kosztorysie.

Przedwczesne tym samym jest rozstrzygnięcie dotyczące unieważnienia postępowania, albowiem do czasu rozstrzygnięcia czynności dotyczącej odrzucenia oferty ZUW URBEX Sp. z o.o. nie zachodzą przesłanki do zakończenia postępowania przetargowego. ZUW URBEX Sp. z o.o. podaje, że pismo z dnia 07.07.2011 r. pochodzi od Urzędu Miasta Legnica (podmiotu nie posiadającego statusu zamawiającego w niniejszym postępowaniu), a zatem jako pochodzące od nieuprawnionego wadliwe winno nie wywoływać skutków prawnych zawartych w jego treści.

Uprawnienie do wniesienia odwołania wynika z treści art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, tj. odwołanie zostało wniesione przez oferenta którego oferta została odrzucona, nadto ZUW URBEX Sp. z o.o., posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, albowiem zgodnie z rozstrzygnięciem Zamawiającego zawartym w piśmie z dnia 07.07.2011 r., jego oferta jest najkorzystniejsza.

Zamawiający w dniu 13.07.2011 r. wezwał (e-mailem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

3

W dniu 18.07.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej „INSAN” Sp. Cywilna, K. Chryplewicz, B. Sowiecka, Z. Chryplewicz, ul. Wrzosowa 14, 59-300 Lublin zwana dalej: „Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej „INSAN” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Z dokumentacji wynika, że przywołany wykonawca potwierdził odbiór wezwania w dniu 14.07.2011 r. W ramach argumentacji wnosił o uwzględnienie odwołania tylko w zakresie art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp

Zamawiający do chwili otwarcia posiedzenia nie udzielił odpowiedzi na odwołanie.

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 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 oraz z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność

4

z oryginałem o sygn. akt: KIO/1491/11 wynika, że „Zawiadomienie o odrzuceniu oferty oraz unieważnieniu postępowania” zostało skutecznie przesłane drogą faxową Odwołującemu w dniu 07.07.2011 r. Zaś forma faxowa była przewidziana w pkt 37 SIWZ (str. 12).

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 12.07.2011 r.

W rezultacie powyższe odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO - w dniu 14.07.2011 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Izba wskazuje, 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 faksu) 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 wyniku 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 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

5

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 dnia

14.07.2011 r., a nie 12.07.2011 r. (data złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego), 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 lit. a 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).

Przewodniczący:

.....