

Sygn. akt: KIO/UZP 707/10

POSTANOWIENIE
z dnia 5 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Dagmara Gałczewska- Romek

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 5 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Waldemara Misiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU „AGRO - BAZA” Waldemar Misiak, Invest - Development Sp. z o.o., „Elektromontaż - Rzeszów” S.A., 39-306 Górki, Otałęż 5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencja Rozwoju Regionalnego „MARR” S.A., 39-300 Mielec, ul. Chopina 18** protestu z dnia 1 kwietnia 2010 r.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Waldemara Misiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU „AGRO - BAZA” Waldemar Misiak, Invest - Development Sp. z o.o., „Elektromontaż - Rzeszów” S.A., 39-306 Górki, Otałęż 5 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Waldemara Misiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU „AGRO - BAZA” Waldemar Misiak, Invest - Development Sp. z o.o., „Elektromontaż - Rzeszów” S.A., 39-306 Górkki, Otałęż 5;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Waldemara Misiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU „AGRO - BAZA” Waldemar Misiak, Invest - Development Sp. z o.o., „Elektromontaż - Rzeszów” S.A., 39-306 Górkki, Otałęż 5.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Agencja Rozwoju Regionalnego „MARR” S.A. z siedzibą w Mielcu - prowadzi na podstawie ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę i modernizację budynku byłej szkoły zawodowej wraz z zagospodarowaniem obejmującym budowę parkingu, przyłączy: elektrycznego wraz ze stacją transformatorową, wodociągowego, ciepłowniczego oraz kanalizacji sanitarnej, deszczowej przy ul. Wojska Polskiego dla Inkubatora Nowych Technologii IN - Tech wraz z rozbudową Mieleckiego Parku Przemysłowego w Mielcu realizowanego w ramach Działania 1.3. Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007-2013.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 32590, 15 stycznia 2010 r.

Pismem z 25 marca 2010 r., przekazanym za pomocą faksu dnia następnego, zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PUP „BUDPOL” S.A. z siedzibą w Rzeszowie oraz „ML SYSTEM” Sp. j. E. Stanek, D. Cycoń z siedzibą w Rzeszowie.

Wobec dokonanego wyboru Waldemar Misiak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „AGRO - BAZA” Waldemar Misiak z siedzibą w Górkach, Invest - Development Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu oraz „Elektromontaż Rzeszów” S.A. z siedzibą w Rzeszowie - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - wnieśli odwołanie poprzedzone protestem.

Odwołujący się zarzucili zamawiającemu, że dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej naruszył art. 92, art. 14, art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 38 k. c i art. 373 § 1 k. s. h, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 oraz art. 26 ust. 3 Pzp przez wybór oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący się wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności złożenia oświadczenia woli o wyborze oferty wykonawców PUP BUDPOL S.A. oraz ML SYSTEM Sp. j. E. Stanek i D. Cycoń jako najkorzystniejszej, uchylenia się od skutków oświadczenia woli o wyborze oferty najkorzystniejszej jako złożonego przez osobę nieuprawnioną do działania w charakterze organu za kierownika zamawiającego, nakazanie dokonania czynności wykluczenia wykonawców PUP BUDPOL S.A. w Rzeszowie i ML SYSTEM Sp. j. E. Stanek i D. Cycoń w Rzeszowie oraz odrzucenia ich oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych odpowiednio: protest 1 kwietnia 2010 r., odwołanie 16 kwietnia 2010 r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego (pismo z tej samej daty). Zamawiający otrzymał kopię treści odwołania w dniu jego wniesienia z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu, co zgodnie z art. 183 ust. 3 Pzp uznaje się za oddalenie protestu w dniu upłynięcia terminu na dokonanie rozstrzygnięcia.

Na posiedzeniu niejawnym na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła i zważyła, że odwołanie dotyczy innych czynności, niż wymienione w art. 184 ust. 1 a Pzp i podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), zgodnie z art. 4 przywołanej ustawy nowelizującej.

W postępowaniu złożono cztery oferty. Zamawiający odrzucił dwie oferty i sklasyfikował ofertę odwołujących się na drugim miejscu po ofercie uznanej za najkorzystniejszą.

Zgodnie z protokołem ZP-2 przedmiot zamówienia stanowią roboty budowlane, których szacunkowa wartość wynosi 9.517.828, 70 zł, co stanowi równowartość 2.479.246,86 euro.

Wartość zamówienia jest zatem niższa od kwoty określonej na podstawie art. 11 ust.8 Pzp ustalonej w § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 241, poz. 1762).

W art. 184 ust. 1a Pzp ustawodawca ustanowił generalną regułę niedopuszczalności wnoszenia odwołania w postępowaniach, których wartość jest mniejsza, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (*arg. a contrario* z art. art. 184 ust. 1a Pzp).

Wyjątek od zasady stanowią czynności wymienione w sposób enumeratywny w przywołanym przepisie tj. dopuszczalne jest wniesienie odwołania od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty. Ustawodawca, dopuścił wniesienie odwołania od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego czynności bezpośrednio godzących w najistotniejsze interesy wykonawcy, korzystającego z tego środka ochrony prawnej i polegające na wykluczeniu tego wykonawcy z udziału w postępowaniu lub odrzuceniu jego oferty. Zgodnie z regułami wykładni prawniczej przepisy zawierające wyjątki podlegają wykładni ścisłej (*exceptiones non sunt extendendae*).

Art. 180 ust. 1 zd. 1 *in fine* Pzp stanowi, że protest do zamawiającego można wnieść wobec czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu lub konkursie oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy. Ustawodawca uczynił z czynności i zaniechania dokonania obligatoryjnej czynności dwie odrębne kategorie prawne.

Skoro art. 184 ust. 1a Pzp wymienia *expressis verbis* wszystkie czynności, od których w postępowaniach o zamówienie publiczne, których wartość nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp przysługuje odwołanie, to niedopuszczalne jest wnoszenie odwołania dotyczącego oferty innego wykonawcy, biorącego udział w postępowaniu, zawierającego zarzuty zaniechania czynności odrzucenia najkorzystniejszej oferty lub wykluczenia wykonawcy który ją złożył.

Uchylenie czynności wyrobu najkorzystniejszej oferty może nastąpić wskutek skutecznego zakwestionowania przez wykonawcę dokonanych wobec niego czynności wykluczenia z

postępowania lub odrzucenia oferty, o ile miało to wpływ na wynik postępowania, co w okolicznościach sprawy nie występuje.

Art. 184 ust 1a Pzp daje możliwość korzystania z efektywnych środków ochrony prawnej i przyznaje prawo do wniesienia odwołania w postępowaniach o zamówienie publiczne, których wartość nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp wyłącznie w celu ochrony najważniejszych interesów wykonawcy. Zarzuty odwołujących się dotyczyły wyłącznie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym jej zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ich rozpatrywanie przez Izbę jest niedopuszczalne, co nie zamyka drogi do wzruszenia czynności zamawiającego oraz jej konsekwencji w innym trybie, niż przewidziany przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższa wykładnia art. 184 ust. 1a Pzp, prezentowana jest jednolicie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak również jest potwierdzona w orzecznictwie sądów powszechnych.

Mając na uwadze powyższe, Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 Pzp orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do wyniku postępowania zgodnie z art. 191 ust. 6 i 7 Pzp

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

