

Sygn. akt KIO/UZP 1487 /08

POSTANOWIENIE
z dnia 8 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Renata Tubisz
Barbara Bettman

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **8 stycznia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., P.B.H. INSTEL Sp. j., P.B.P. EKOSYSTEM Sp. z o.o., Ekotab Projekt Sp. z o.o. ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Opoczno, ul. Staromiejska 6, 26-300 Opoczno** protestu z dnia **4 grudnia 2009 r.**

przy udziale **P.P.H.U. „RO.SA. – BUD” Roman Jan Saczywko ul. Ptasia 14, 26-600 Radom** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., P.B.H. INSTEL Sp. j., P.B.P. EKOSYSTEM Sp. z o.o., Ekotab Projekt Sp. z o.o. ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., P.B.H. INSTEL Sp. j., P.B.P. EKOSYSTEM Sp. z o.o., Ekotab Projekt Sp. z o.o. ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 000 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., P.B.H. INSTEL Sp. j., P.B.P. EKOSYSTEM Sp. z o.o., Ekotab Projekt Sp. z o.o. ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra** na rzecz **Gminy Opoczno, ul. Staromiejska 6, 26-300 Opoczno** 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 **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., P.B.H. INSTEL Sp. j., P.B.P. EKOSYSTEM Sp. z o.o., Ekotab Projekt Sp. z o.o. ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Opoczno, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest budowa Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów w Różannie wraz z zamknięciem i rekultywacją składowiska.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych 232347/08 z dnia 24.09. 2008 roku.

Odwołujący - Konsorcjum firm, którego liderem jest ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane sp. z o.o. wniósł protest a następnie odwołanie na czynność Zamawiającego z dnia 27.11.2008 roku, polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej, za jaką uznano ofertę RO.SA – BUD P.P.H.U.

W treści protestu z dnia 4 grudnia 2008 roku Odwołujący zarzucił naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 oraz art. 89 ust. 5 ustawy pzp, wskazując na zaniechanie wykluczenia Wykonawcy RO.SA – BUD P.P.H.U, pomimo następujących uchybień:

1. braku wykazania się doświadczeniem o wymaganej wartości przy wykonywanej inwestycji, zgodnie z wymogiem pkt 9.4.1 siwz,
2. braku załączenia zaświadczenia Izby Inżynierów Budownictwa dla Kierownika Kontraktu,
3. braku wymaganego doświadczenia przy realizacji robót budowlanych związanych z zagospodarowaniem terenu o powierzchni minimum 3 ha.

Zamawiający w dniu 12 grudnia 2008 roku poinformował Odwołującego o częściowym oddaleniu protestu, co stało się przyczyną wniesienia odwołania w dniu 17 grudnia 2008 roku. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu tego samego dnia.

W treści odwołania Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście i wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy RO.SA – BUD oraz nakazanie odrzucenia oferty Wykonawcy RO.SA – BUD,
2. zwrot kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według rachunku kosztów, który zostanie przedłożony na posiedzeniu lub rozprawie.

Dodatkowo, nie zgadzając się z pouczeniem zamieszczonym w rozstrzygnięciu protestu Odwołujący wskazał, że art. 184 ust. 1a pkt 3 i 4 ustawy pzp, który ma zastosowanie do przedmiotowego postępowania, dopuszcza złożenie odwołania zarówno na czynność wykluczenia lub odrzucenia oferty jak również na zaniechanie dokonania tej czynności i nie

wprowadza w tym zakresie żadnego rozróżnienia. W ocenie Odwołującego, odwołanie w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp, przysługuje w szczególności od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

- zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, do której jest obowiązany na podstawie ustawy,
- zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty, do której jest obowiązany na podstawie ustawy.

Skład orzekający Izby na posiedzeniu niejawnym z udziałem właściwie umocowanych pełnomocników stron, przeprowadził dowody z dokumentacji akt sprawy, w tym: protokołu postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nadto rozważył stanowiska pełnomocników stron złożone do protokołu posiedzenia, ustalił i zważył co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 w związku z art. 184 ust. 1 a ustawy pzp.

Ponieważ protest w niniejszej sprawie został złożony po dacie wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), zatem mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, Izba podjęła rozstrzygnięcie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu aktualnie obowiązujący stan prawny.

Przedmiotem rozpatrywanego zamówienia publicznego są roboty budowlane, których wartość, zgodnie z protokołem ZP-2 i wyjaśnieniami Zamawiającego, złożonymi w piśmie z dnia 24.12.2008 roku wynosi 19 958 455,30 zł, co zgodnie ze średnim kursem wynoszącym 3,8771, obowiązującym na podstawie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 241, poz.1762) stanowi 5 147 799,95 euro. Bezsporną między stronami jest zatem okoliczność, że wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia nie przekracza równowartości kwoty 5 150 000 euro.

Ponadto w rozstrzygnięciu protestu z dnia 12.12.2008 roku, Zamawiający pouczył, iż od niniejszego rozstrzygnięcia nie przysługuje odwołanie, zgodnie z treścią art. 184 ust. 1a

ustawy pzp, a protest uznaje się za ostatecznie rozstrzygnięty w oparciu o art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny, skład orzekający zważył:

Zgodnie z treścią art. 184 ust. 1a ustawy pzp, który znajduje zastosowanie do rozpoznania przedmiotowego odwołania, odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w przypadku postępowań o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, przysługuje wyłącznie 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.

W ocenie Izby, ustawodawca w art. 184 ust. 1a ustawy pzp, dopuścił wyjątkowo w szczególności i enumeratywnie wyliczonych w ustawie przypadkach, prawo do skorzystania z procedury odwoławczej w postępowaniach, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp. Przy czym dokonując analizy przesłanek wskazanych w pkt 3 i 4 przywołanego przepisu ustawy należy uznać, że ustawodawca, dopuścił wniesienie odwołania w postępowaniach, których wartość jest mniejsza niż progi unijne wyłącznie w odniesieniu do czynności bezpośrednio godzących w najistotniejsze interesy danego wykonawcy, korzystającego z tego środka ochrony prawnej i polegające m. in. na wykluczeniu tego wykonawcy z udziału w postępowaniu lub odrzuceniu jego oferty. Aby móc skorzystać ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie w postępowaniach poniżej progów unijnych należy zatem wskazać naruszenie przepisów ustawy przy podjęciu przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty, ale wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, korzystającego ze środka ochrony prawnej a nie innego wykonawcy, biorącego udział w postępowaniu. Przepis art. 184 ust. 1a ustawy pzp nie dopuszcza bowiem wniesienia odwołania na zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty a jedynie na dokonanie takiej czynności.

Należy zgodzić się z Odwołującym, że ustawodawca w art. 184 ust 1a ustawy pzp, posługując się sformułowaniem „protestów dotyczących” nie wprowadził rozróżnienia na działania lub zaniechania Zamawiającego będące podstawą wniesienia odwołania. Zatem w przypadku powstania wątpliwości co do interpretacji przesłanek określonych w tym przepisie należy odwołać się do wykładni celowościowej.

W ocenie Izby, celem wprowadzenia art. 184 ust 1a ustawy pzp było zapewnienie korzystania z efektywnych środków ochrony prawnej i przyznanie prawa do wniesienia odwołania w postępowaniach o zamówienie publicznych, których wartość nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp ale wyłącznie w celu ochrony najważniejszych interesów wykonawcy, korzystającego z tego środka ochrony prawnej polegających na wykluczeniu tego właśnie wykonawcy z udziału w postępowaniu lub odrzuceniu jego oferty. Cel przepisu art. 184 ust. 1 a ustawy pzp został wyartykułowany w uzasadnieniu do projektu zmiany ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 4 września 2008 roku, gdzie m.in. wskazano, że w postępowaniach o wartości mniejszej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp „wykonawca powinien mieć zagwarantowane prawo do wnoszenia efektywnych środków ochrony prawnej dotyczących jego najistotniejszych interesów, a mianowicie:

1. nieprawidłowego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, wolnej ręki, zapytania o cenę;
2. opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3. wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
4. odrzucenia oferty”.

Jak wynika z dalszej części uzasadnienia do projektu zmiany ustawy pzp, celem nowelizacji było wprowadzenie ochrony prawnej dla Zamawiających w przypadku zamówień na roboty budowlane do progu 5 150 000 euro, polegającej na „wylimitowaniu prawa do wniesienia środków ochrony prawnej na czynności nie godzące bezpośrednio w interes wykonawcy, który z nich korzysta (np. dotyczące nieprawidłowości w ofercie innego wykonawcy)”.

Zatem efektywne środki ochrony prawnej, w tym prawo do złożenia odwołania przysługuje we wszystkich postępowaniach poniżej progów z zastrzeżeniem, że w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w art. 11 ust. 8 ustawy pzp, odwołaniem mogą być objęte wyłącznie czynności godzące w podstawowe interesy Wykonawcy, które bezpośrednio dotyczą tego wykonawcy, korzystającego ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania i opisane wprost w dyspozycji normy art. 184 ust 1a ustawy (tj. czynności wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty), co potwierdza dokonana wyżej wykładnia celowościowa.

Stanowisko to jest również zgodne z dotychczasowym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (np. postanowienie z dnia 27 listopada 2008 sygn. akt.1318/08, z dnia 5 grudnia 2008 sygn. akt.1359/08, z dnia 6 stycznia 2009 sygn. akt.1469/08).

Biorąc pod uwagę, że wartość zamówienia, będącego robotą budowlaną jest mniejsza niż kwota określona w § 1 ust. 1 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 grudnia 2007 roku w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których

uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. nr 241, poz. 1762) oraz fakt, że zarzuty Odwołującego sprowadzają się do zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu innego Wykonawcy oraz zaniechania odrzucenia jego oferty, a zatem odnoszą się do innych niż wymienione w art. 184 ust. 1 a ustawy pzp czynności, zachodzi przesłanka określona w art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy pzp, skutkująca koniecznością odrzucenia odwołania.

Wobec konieczności odrzucenia odwołania na posiedzeniu Izby, zarzuty zgłoszone w treści odwołania nie były rozpatrywane merytorycznie.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 2 000, 00 zł stosownie do nakładów pracy, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 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 ze zmianami).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....