

POSTANOWIENIE
z dnia 4 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 4 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2012 r. przez **Tadeusza Kamieniorza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Kamyk” Kamieniorz Tadeusz w Wiśle** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Wisła w Wiśle**

postanawia:

1. **zwraca wniesione odwołanie,**
2. **nakazuje zwrot** z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Tadeusza Kamieniorza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Kamyk” Kamieniorz Tadeusz w Wiśle **kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy).**

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 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bielsku Białej**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „1. Budowę, (odtworzenie) zbiornika retencyjnego „OLZA” w Istebnej na potoku Olza w km 85+100 w Leśnictwie Gańczorka. 2. Budowę, (odtworzenie) zbiornika retencyjnego „TOKARZONKA” w Istebnej na potoku Oleckim w km 2+880 w Leśnictwie Olza.”, wszczętym przez Zamawiającego tj. Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Wiśla w Wiśle, Odwołujący, tj. Tadeusz Kamieniorz, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Kamyk” Kamieniorz Tadeusz w Wiśle w dniu 21 maja 2012 r. złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, uiszczając wpis 10 000 zł.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, analizując możliwość rozpoznania odwołania – tj. czy odwołanie nie zawiera braków formalnych i czy uiszczono wpis od odwołania w odpowiedniej wysokości (art. 187 ust. 1 Prawa zamówień publicznych) stwierdził, że odwołanie powinno zostać zwrócone na podstawie art. 187 ust. 7 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 187 ust. 6 Prawa zamówień publicznych.

Izba z urzędu dopuściła dowód z dokumentacji postępowania sygn. akt KIO 645/12 (postępowanie - w sprawie odwołania wniesionego przez tego samego Odwołującego w tym samym postępowaniu - zakończone wydaniem postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości).

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia publicznego są roboty budowlane, których wartość, zgodnie z informacją Zamawiającego zawartą w piśmie z dnia 24 maja 2012 r. (w aktach sprawy), została określona na kwotę 939 197,16 euro, jednak niniejsze postępowanie i jego przedmiot zamówienia stanowią część projektu pt. „Przeciwdziałanie skutkom odpływu wód opadowych na terenach górskich. Zwiększenie retencyjności i utrzymanie potoków oraz związanej z nimi infrastruktury w dobrym stanie”, którego wartość oszacowano na kwotę łącznie 172 156 566 zł, a więc kwotę przekraczającą 5 000 000 euro (wartość tzw. progu unijnego dla robót budowlanych), wskazaną w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 282, poz. 1649). Taką informację Zamawiający jednoznacznie i stanowczo podał w piśmie z dnia 24 maja 2012 r. (w aktach sprawy).

W takiej sytuacji wpis należny od odwołania wynosi 20 000 zł, a Odwołujący uiszczył wpis w wysokości 10 000 zł (§ 1 ust. 2 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. z dnia 17 marca 2010 r.)).

W piśmie z dnia 24 maja 2012 r. (w aktach sprawy) Odwołujący poinformował, że wartość zamówienia (i skorelowaną z nim wysokość wpisu) ustalił na podstawie ogłoszenia o zamówieniu oraz art. 32 i 33 Prawa zamówień publicznych. Mianowicie w ogłoszeniu o zamówieniu podano, że wartość zamówienia wynosi 3 775 196, 89 zł, a równocześnie, iż nie jest to zamówienie o charakterze powtarzającym się, oraz nie przewidziano udzielania zamówień uzupełniających. Wskazał również, że kwestia prawidłowości wysokości wpisu była przedmiotem rozpoznania w postępowaniu sygn. akt KIO 645/12.

Skład orzekający stwierdził, że wartość zamówienia Zamawiający oszacował powyżej progów unijnych, a w ogłoszeniu – które zresztą ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (ogłoszenie z dn. 20 stycznia 2012 r., poz. 2012/S 13-020646), a nie w Biuletynie Zamówień Publicznych – co również pośrednio powinno wskazywać na wartość zamówienia – faktycznie podano „Szacunkowa wartość bez VAT: 3 775 196,89 PLN”. Zamawiający w żadnym miejscu nie zaznaczył, że przedmiotowe zamówienie jest częścią większego zamówienia/ realizowanego Projektu/. Takie same informacje podano w protokole postępowania (strona 2 druku ZP-PN, strona 33 nadana w aktach przez Zamawiającego, w aktach sprawy sygn. akt KIO 645/12, punkt 2.2: „wartość zamówienia została ustalona na kwotę 3 775 196,89 zł co stanowi równowartość 939 197,16 euro”).

Izba zauważa, że niekonsekwencje w zachowaniu Zamawiającego (odnośnie podawania oszacowanej wartości zamówienia) mogły wprowadzić w błąd Odwołującego co do wartości zamówienia. Niezależnie od powyższego, Izba stwierdziła, że są wątpliwości, czy Zamawiający prawidłowo podaje oszacowaną wartość zamówienia, a mianowicie, czy nie powinien zastosować art. 32 ust. 5 Prawa zamówień publicznych (o ile jego jednostki udzielające zamówień są wyodrębnione i posiadają samodzielność finansową) i ustalać wartość zamówień udzielanych przez każdą jednostkę odrębnie. Izba zwraca uwagę, że jeżeli wartość zamówienia powinna być oszacowana jednak poniżej progów unijnych, to już sam brak ogłoszenia w odpowiednim publikatorze – w takim wypadku – Biuletynie Zamówień Publicznych – będzie pociągał za sobą unieważnienie umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania (art. 146 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych).

W takich okolicznościach powstaje pytanie, na ile Prezes Krajowej Izby Odwoławczej (a następnie – Izba), badając prawidłowość uiszczzonego wpisu od odwołania powinien badać prawidłowość szacowania przez Zamawiającego wartości zamówienia, i czy jest

związany podanymi przez niego ustaleniami. Okoliczności wskazujące na wartość zamówienia powinny być jasne i jednoznaczne, mają one doniosły wpływ dla losów całego postępowania, a w postępowaniu przed Izłą – na możliwość i zakres wnoszenia środków ochrony prawnej. W niniejszej sprawie ostatecznie Izba uznała, że wartością postępowania jest wartość podana przez Zamawiającego, nawet, jeżeli została ustalona nieprawidłowo.

II. Izba zauważyła, że odwołanie, gdyby nie miało braków formalnych i podlegało rozpoznaniu, a zatem, gdyby przyjąć, że wartość postępowania oszacowano – wbrew jednoznaczному oświadczeniu Zamawiającego - na kwotę poniżej progów unijnych (a w konsekwencji – należałoby uznać, że uiszczono wpis w prawidłowej wysokości), musiałyby być odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 i ust. 3 zd. pierwsze Prawa zamówień.

Zgodnie z tym przepisem, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych (tzw. progi unijne), odwołanie dotyczy innych czynności, niż wymienione w art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Izba ustaliła, że wartość postępowania określono poniżej tzw. progów unijnych, a niniejsze odwołanie nie dotyczy:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego

W odwołaniu wniesionym w dniu 21 maja 2012 r. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów art. 2 pkt 7a), art. 7 ust. 1 i 2, art. 93 ust. 1 pkt 7, art. 146 Prawa zamówień publicznych.

Naruszenia przywołanych przepisów zdaniem Odwołującego wynikły z czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu realizacji celu przeprowadzanego postępowania o udzielenie zamówienia, który to cel, z chwilą wszczęcia postępowania wyznaczony i określony jest postanowieniami art. 2 pkt 7a) Prawa zamówień publicznych ;
2. dokonaniu czynności unieważnienia postępowania z naruszeniem fundamentalnych zasad ustawy Prawa zamówień publicznych a w szczególności - przeprowadzenia postępowania bez zachowania zasady zapewniającej zachowanie uczciwej konkurencji oraz obiektywizmu, do czego Zamawiający jest zobowiązany postanowieniami art. 7 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych.;

3. nieuprawnionym i bezpodstawnym unieważnieniu postępowania z naruszeniem postanowień art. 93 ust. 1 pkt 7 z przywołaniem domniemania zaistnienia okoliczności określonych w art. 146 ustawy Prawa zamówień publicznych .

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący argumentował, że Zamawiający bezpodstawnie unieważnił postępowanie, unieważniając równocześnie wybór oferty najkorzystniejszej i wykluczenie Odwołującego z postępowania. Mianowicie Zamawiający, po uwzględnieniu wcześniejszego odwołania, wniesionego przez Odwołującego (postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO 645/12) unieważnił wykluczenie go z postępowania. Niezależnie od powyższego jednak Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający dokonując unieważnienia postępowania zawarł w uzasadnieniu stwierdzenie, iż zmuszony został do unieważnienia postępowania w związku z niepełną realizacją postanowień art. 41 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, tj. niezawarcia tożsamego opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu jaki został zawarty w SIWZ w wykonaniu postanowień art. 36 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych. Wskazując na podstawę unieważnienia określił, iż jest ona wynikiem zaistniałej rozbieżności pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu określonym w SIWZ i w ogłoszeniu. W ocenie Odwołującego, takie unieważnienie postępowania było bezpodstawne.

Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, w postępowaniu o wartości mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych (czyli dla robót budowlanych o wartości poniżej 5 000 000 euro), odwołanie przysługuje wyłącznie od następujących czynności Zamawiającego: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia odwołującego z postępowania lub odrzucenia jego oferty. Ustawodawca określił więc w sposób enumeratywny czynności, w stosunku do których przysługuje prawo do wniesienia odwołania. Izba stwierdziła, że odwołanie będące przedmiotem rozpatrzenia w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie dotyczy żadnej z tej czynności, a zatem odwołanie to musi podlegać odrzuceniu.

III. Skład orzekający badając przedmiotowe odwołanie stwierdził, że nie jest związany ustaleniami zapadłymi w innym postępowaniu odwoławczym. Oczywiście pożądanym jest, aby rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej były konsekwentne i spójne, nie tylko w ramach każdego uzasadnienia analizowanego osobno, ale w odniesieniu do całości rozstrzygnięć Izby. Jednak w tym wypadku Izba uznała, że rozwiązanie korzystniejsze dla Odwołującego jest właściwe, pomimo, że w innym postępowaniu odwoławczym (sygn. akt

KIO 645/12), w analogicznych okolicznościach nie stwierdzono nieprawidłowości odnośnie wysokości uiszczanego przez Odwołującego wpisu. O ile bowiem przyjmie się, że wartość zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego przekracza progi unijne, to Odwołujący nie uiścił wpisu (wpis wpłacony w niepełnej przepisanej wysokości uznaje się za brak uiszczenia wpisu), a więc odwołanie podlega zwrotowi; jeżeli wartość zamówienia oszacowano poniżej progów unijnych – odwołanie musiałoby być odrzucone, jako że dotyczy innej czynności, niż wymienione w art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Ponieważ powyższe wątpliwości wynikają z niekonsekwencji postępowania Zamawiającego, Izba uznała, że słuszne będzie zwrócenie odwołania Odwołującemu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 187 ust. 7 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 187 ust. 6 Prawa zamówień publicznych postanowiono jak w sentencji.

Odwołanie zwrócone nie wywołuje żadnych skutków, jakie wiąże ustawa z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Przewodniczący:

.....