

Sygn. akt: KIO/UZP 1469/08

POSTANOWIENIE

z dnia 6 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Anna Packo

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **6 stycznia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **NAFTOBUDOWA S.A., Kraków, ul. Powstańców 66** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, Kraków, ul. Mogilska 85** protestu z dnia 24 listopada 2008 r.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża NAFTOBUDOWA S.A., Kraków, ul. Powstańców 66 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 uiszczanego przez **NAFTOBUDOWA S.A., Kraków, ul. Powstańców 66,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **NAFTOBUDOWA S.A., Kraków, ul. Powstańców 66.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę bazy paliw i remont zbiorników na olej napędowy i benzynę w kompleksie wojskowym w Niedźwiedziu zostało wszczęte przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Krakowie ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 września 2008 r. pod numerem 208195.

W dniu 18 listopada 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty INSTAL Kraków S.A.

W dniu 24 listopada 2008 r. Wykonawca NAFTOBUDOWA S.A. wniósł protest wobec następujących czynności Zamawiającego:

- rozstrzygnięcia postępowania mimo istnienia przesłanki do jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp,

- dopuszczenia do udziału w postępowaniu Wykonawcy INSTAL Kraków S.A., mimo istnienia przesłanek do odrzucenia oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 4 i 6 ustawy Pzp,

- zaniechania zbadania zachowania przez INSTAL Kraków S.A. terminu na złożenie oświadczenia o przedłużeniu ważności wadium oraz wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą bądź na wniesienie nowego wadium wyznaczonego w piśmie Zamawiającego z dnia 9 października 2008 r.,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, 4 i 6 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Protestujący podniósł, iż ceny zaoferowane we wszystkich ofertach złożonych przez Wykonawców nie wykluczonych z udziału w postępowaniu przekraczają kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia tj. kwotę 24 141 300,00 PLN brutto. Wykonawca INSTAL Kraków S.A. złożył ofertę na kwotę 24 150 406,04 PLN, Wykonawca NAFTOBUDOWA S.A. złożył ofertę na kwotę 30 697 303,90 PLN, natomiast Konsorcjum

firm: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. i Przedsiębiorstwo AGAT S.A. złożyło ofertę na kwotę 32 135 476,97 PLN. Wobec powyższego, zdaniem Protestującego, przedmiotowe postępowanie powinno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Unieważnienie postępowania uzasadnione jest tym bardziej, w ocenie Protestującego, iż jak wynika z okoliczności wskazanych poniżej, rzeczywista cena zaproponowana przez INSTAL Kraków S.A. jest wyższa o 1 000 000,00 PLN od ceny przedstawionej w ofercie.

Protestujący stwierdził, iż Wykonawca INSTAL Kraków S.A. nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku doświadczenia. W ocenie Protestującego, Wykonawca ten nie posiada referencji dotyczących wykonywania instalacji lub zbiorników na produkty węglowodórne. Złożone przez INSTAL Kraków S.A. referencje na „Kompleksową przebudowę budynku biurowego PKE S.A. przy ul. Lwowskiej 23 w Katowicach” oraz „Budowę Osadnika Żuźla w PKE S.A. Elektrowni Jaworzno III” uznał za nie dotyczące prac o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia. Wątpliwości Protestującego co do zakresu podobieństwa prac, a przede wszystkim terminu realizacji budzi również referencja dotycząca zadania „Linia Ozonu Wody i węgla aktywnego Zakładu Produkcji Wody w Goczałkowicach”. Realizacja tego zadania odbyła się w latach 1996 - 2003 (bez podania miesiąca), co zdaniem Protestującego może nie spełniać wymogu Specyfikacji w zakresie terminu realizacji, bowiem praca miała być wykonana w okresie od września 2003 r. do września 2008 r. tym bardziej, że referencje wystawione po zakończeniu realizacji datowane są na dzień 28 sierpnia 2003 r.

Protestujący zarzucił ponadto, iż Wykonawca INSTAL Kraków S.A. dopuścił się rażącego zaniżenia ceny wykonania robót budowlano-konstrukcyjnych remontu zbiorników grupy I i II. Wycena INSTAL Kraków S.A. Etapu I poz. 1.1 Roboty budowlano-konstrukcyjne remont zbiorników grupy I i II wynosi 114 706,25 PLN, co w rzeczywistości, zdaniem Protestującego, nie pokrywa nawet połowy kosztów folii jako materiału, a w koszt tej pozycji powinny wchodzić jeszcze m.in. roboty ziemne, skucie tynków i nałożenie nowych, zaizolowanie powierzchni. Pozycja ta powinna kosztować około 1 500 000 PLN. Protestujący po sprawdzeniu wrywkowo kosztorysu szczegółowego wykonania robót budowlano - konstrukcyjnych remontu zbiorników grupy I i II, będącego załącznikiem do oferty stwierdził, że istnieje rozbieżność pomiędzy ceną podaną w ofercie a ceną w kosztorysie szczegółowym w kwocie 1 000 000 PLN. W kosztorysie będącym rozwinięciem wyceny wartość etapu: „Remont zbiorników grupy I i II” cenę ustalono na 1 114 706,25 PLN i jest to cena rzeczywista. Fakt ten potwierdza okoliczność, iż pod pozycją 21 w tabeli cena wykonania ułożenia na dachach zbiorników geowłókniny ustalona jest na 292 350,72 PLN, zatem ten jeden element przekracza już sumę elementów rozdziału „Remont zbiorników grupy I i II” wskazaną w ofercie. Wykazany błąd rachunkowy w sposób bezsprzeczny

powoduje istotne zmiany w treści oferty, zatem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie ma w tym przypadku zastosowania.

Zdaniem Protestującego, Wykonawca INSTAL Kraków S.A. nie spełnił także warunków określonych przez Zamawiającego w Części III ust. 9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tj. nie przedłożył aktualnego zaświadczenia o przeszkoleniu uzupełniającym pełnomocnika ochrony wydanego przez właściwą służbę ochrony państwa. Wątpliwości zatem budzi prawidłowość oświadczenia o prowadzeniu kancelarii tajnej (pionu ochrony) przez INSTAL Kraków S.A., a przynajmniej ciągłości jej funkcjonowania w ostatnich latach aż do ogłoszenia przetargu.

Wobec powyższego, Protestujący wywiódł, że oferta INSTAL Kraków S.A. powinna zostać odrzucona wobec zaistnienia przesłanek określonych w art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2, 4, i 6 ustawy Pzp.

Dodatkowo, Protestujący podał, że w dokumentach postępowania brak jest danych dostatecznie wskazujących na okoliczność, iż Wykonawca INSTAL Kraków S.A. zachował termin na złożenie oświadczenia o przedłużeniu ważności wadium oraz wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą bądź termin na wniesienie nowego wadium wyznaczony w piśmie Zamawiającego z dnia 9 października 2008 r. na 30 października 2008 r. Pieczętka z datą wpływu oświadczenia INSTAL Kraków S.A. w tym przedmiocie w dniu 27 października 2008 r. nie ma ani numeru dziennika, ani żadnej parafy. Protestujący podkreślił, że na złożonym przez NAFTOBUDOWA S.A. oświadczeniu widnieje pieczętka z datą wpływu, z numerem dziennika i z parafką.

Protestujący wniósł o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 4 grudnia 2008 r. przez jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, iż z treści art. 86 ust. 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp jednoznacznie wynika, że kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie jest tożsama z kwotą, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wskazał, że kwota, jaką podał bezpośrednio przed otwarciem ofert to 24 141 300,00 PLN. Wartość oferty złożonej przez INSTAL Kraków S.A. wynosi 24 150 406,04 PLN, zatem przekracza podaną kwotę o 0,037%. Biorąc pod uwagę różnicę między ww. kwotami oraz możliwość przesunięcia środków finansowych pozostałych z rozliczenia realizowanych zadań, Zamawiający może przeznaczyć na finansowanie zamówienia kwotę podaną w ofercie wybranej jako najkorzystniejsza. Zdaniem Zamawiającego, unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp byłoby naruszeniem przepisów ustawy.

Za bezzasadny uznał Zamawiający również zarzut dotyczący doświadczenia INSTAL Kraków S.A. Wykaz prac załączony do oferty ww. Wykonawcy zawiera trzy roboty budowlane, które w ocenie Zamawiającego spełniają warunek udziału w postępowaniu. Każda z prac ma wartość wymaganą przez Zamawiającego, a ich zakres merytoryczny obejmuje szereg skomplikowanych i kompleksowych zadań dotyczących wykonawstwa robót budowlanych, technologicznych oraz instalacyjno-montażowych. Zamawiający podkreślił, iż nie wymagał doświadczenia w wykonywaniu instalacji lub zbiorników na produkty ropopochodne, dlatego zakres przedstawionych zadań uważa za zgodny z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i potwierdzający zdolność Wykonawcy INSTAL Kraków S.A. do realizacji przedmiotu zamówienia. Zarzut, że realizacja zadania pod nazwą „Linia Ozonu Wody i węgla aktywnego Zakładu Produkcji Wody w Goczałkowicach” wykracza poza obowiązujący 5-cio letni okres wymagany ustawą Pzp Zamawiający także uznał za bezpodstawny, bowiem dołączony do oferty „Protokół odbioru końcowego i oddania do użytku” spisany został w dniu 31 grudnia 2003 r.

Odnosząc się do zarzutu zaniżenia przez INSTAL Kraków S.A. ceny oraz nieściśłości w ofercie w tym zakresie Zamawiający stwierdził, iż porównał wycenę szacunkową sporządzoną na podstawie kosztorysów inwestorskich z kosztorysem ofertowym Wykonawcy i stwierdził rozbieżność poniżej 1%, dlatego w jego ocenie, zarzut o rażącym zaniżeniu ceny należy uznać za bezzasadny.

Zamawiający podniósł, iż zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny przedstawionym w Specyfikacji „Cenę oferty stanowi wartość brutto kosztorysu ofertowego”. Zamawiający zsumował wszystkie cząstkowe kosztorysy ofertowe złożone przez INSTAL Kraków S.A. i w wyniku tego stwierdził, że suma kosztorysów jest równa wartości podanej na druku OFERTA, a cena oferty została skalkulowana w sposób wymagany przez Zamawiającego, w oparciu o kosztorysy ofertowe i obejmuje cały wymagany zakres robót.

Zamawiający za bezzasadny uznał również zarzut dotyczący braku w ofercie INSTAL Kraków S.A. aktualnego zaświadczenia o przeszkoleniu uzupełniającym pełnomocnika ochrony wydanego przez właściwą służbę ochrony państwa. Zauważył, że nie wymagał dołączenia do oferty ww. zaświadczenia. Stwierdził, że Wykonawca dołączył do oferty wszystkie dokumenty wymagane w Specyfikacji.

Zamawiający oświadczył także, że Aneks nr 1/2008 do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr GWo/1346/2008-051 przedłużający okres obowiązywania gwarancji do dnia 15 grudnia 2008 r. został złożony, zgodnie z zapisem w Rejestrze gwarancji znajdującym się w kasie Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Krakowie przy ul. Mogiłskiej 85 dnia 27 października 2008 r.

Z powyższą decyzją nie zgodził się Wykonawca NAFTOBUDOWA S.A., który wniósł w dniu 10 grudnia 2008 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (w dniu 9 grudnia 2008 r. do Zamawiającego) odwołanie zarzucając Zamawiającemu, jak w proteście, naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, 4 i 6 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Analizując dokumentację postępowania Izba dokonała następujących ustaleń:

Wartość zamówienia została ustalona na kwotę 19 787 951,00 PLN, co stanowi równowartość 5 103 800,00 euro (zgodnie z Protokołem postępowania o udzielenie zamówienia (DRUK ZP-2) oraz pismem Zamawiającego z dnia 17 grudnia 2008 r. skierowanym do Departamentu Odwołań Urzędu Zamówień Publicznych), w związku z czym ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych (zgodnie z art. 40 ust. 2 ustawy Pzp).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty złożyło czterech wykonawców. Z postępowania wykluczono jednego wykonawcę (DRUK ZP-2/PN,NBO,ZOC). Ranking wszystkich złożonych w postępowaniu ofert układa się następująco:

- Konsorcjum firm: ALSTAL-BUDOWNICTWO Alojzy Szczupak i P.W. Tako – 19 583 272,65 PLN,
- INSTAL Kraków S.A. – 24 150 406,04 PLN,
- NAFTOBUDOWA S.A. – 30 697 303,91 PLN,
- Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. i Przedsiębiorstwo AGAT S.A. – 32 135 476,97 PLN.

Rozpatrując na posiedzeniu przesłanki formalne wniesienia odwołania Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Pzp.

Wskazać należy, że dniu 24 października 2008 r. weszła w życie ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058). Zgodnie z dyspozycją art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, do protestów wnoszonych od dnia jej wejścia w życie oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg stosuje się przepisy działu VI ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 września 2008 r.

Protest, w następstwie którego wniesiono rozpatrywane odwołanie, został złożony w dniu 24 listopada 2008 r., zatem już po wejściu w życie nowelizacji, stąd do odwołania z dnia 10 grudnia 2008 r. będzie miał zastosowanie art. 184 ust. 1a ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą o zmianie ustawy Pzp oraz niektórych innych ustaw. Zgodnie z dyspozycją ww. przepisu, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

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

Kwoty, o których mowa powyżej, to zgodnie z rozporządzeniem 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. z 2007 r. Nr 241, poz. 1762), to odpowiednio 133 000 euro, 206 000 euro i 422 000 euro (w zależności od rodzaju zamawiającego) dla dostaw lub usług oraz 5 150 000 euro dla robót budowlanych.

Wobec wskazanej powyżej, wynikającej z dokumentacji postępowania wartości szacunkowej zamówienia określonej na kwotę stanowiącą równowartość 5 103 800 euro Izba stwierdziła, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołanie przysługuje tylko wobec czynności Zamawiającego wymienionych w art. 184 ust. 1a ustawy Pzp.

Tymczasem Odwołujący podniósł zarówno w proteście, jak i w odwołaniu zarzuty wobec zaniechania przez Zamawiającego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty INSTAL Kraków S.A. Czynności te nie mieszczą się w katalogu wyznaczonym art. 184 ust. 1a ustawy Pzp.

Jednocześnie podkreślić należy, iż ustawodawca na gruncie ustawy Pzp w ramach środków ochrony prawnej pod pojęciem czynności zamawiającego nie obejmuje zaniechań, czyniąc z nich odrębną kategorię zachowań mających znaczenie prawne. Za taką wykładnią przemawia treść art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym protest przysługuje m. in. wobec czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu lub konkursie oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności. Dlatego ustawodawca stanowiąc o prawie do odwołania w ramach postępowań poniżej tzw. progów unijnych, umożliwił wykonawcom składanie odwołań tylko w związku z czynnościami, które dotyczą bezpośrednio danego wykonawcy (art. 184 ust. 1a pkt 3 ustawy Pzp) lub złożonej przez

niego oferty (art. 184 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp). Wskazuje na to wprost brzmienie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba zobowiązana jest odrzucić odwołanie jeśli dotyczy ono innych czynności (a więc nie zaniechań dokonania czynności) niż wymienione w art. 184 ust. 1a ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga fakt, iż wartość zamówienia, o której mowa w art. 184 ust. 1a ustawy Pzp to szacunkowa wartość zamówienia określana przez Zamawiającego zgodnie z art. 32 ustawy Pzp w kwocie netto. Wartość tę należy odróżnić od kwoty, którą Zamawiający zobowiązany jest podać przed otwarciem ofert tj. kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Mając na uwadze wartość zamówienia oraz fakt, iż odwołanie nie dotyczy żadnej z czynności wymienionych w art. 184 ust. 1a ustawy Pzp, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy 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 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....