

Sygn. akt KIO 3040/13

POSTANOWIENIE
z dnia 13 stycznia 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 13 stycznia 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2013 roku przez wykonawcę **TM-VIA Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie**

postanawia:

- 1. Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TM-VIA Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Bieżące utrzymanie i remonty elementów bezpieczeństwa ruchu drogowego na terenie Miasta Krakowa - drogi gminne i wewnętrzne” - numer sprawy 10/XI/2013 w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 14 listopada 2013 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 240267-2013 (wydruk ogłoszenia w aktach sprawy).

Odwołujący wykonawca **TM-VIA Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie** wniósł odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 31 grudnia 2013 roku. W dniu 30 grudnia 2013 roku odwołanie przesłano do Prezesa KIO za pomocą faksu. Zamawiającemu kopia odwołania została dostarczona w dniu 30 grudnia 2013 roku za pomocą faksu.

W odwołaniu Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferentów ZEBRA 2 oraz ZEBRA MAX, tj. brak wykluczenia oferenta oraz naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez różnicowanie w traktowaniu wykonawców, w szczególności dopuszczenie do udziału w przetargu podmiotów, co do których zachodzą uzasadnione podejrzenia, iż działają w warunkach zмовы cenowej oraz dublowania ofert, jak również wybór wykonawcy będącego jednym z tych podmiotów.

Odwołujący zaznaczył, że powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania w dniu 24 grudnia 2013 roku, a informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana przez Zamawiającego za pomocą faksu.

Zamawiający oświadczył, iż kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 31 grudnia 2013 roku za pośrednictwem poczty elektronicznej. W dniu 7 stycznia 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia złożone przez wykonawcę Firma Wielobranżowa ZEBRA 2 Seweryn R. z siedzibą w Bytomiu. Krajowa Izba Odwoławcza zgłoszenia nie uznała za skuteczne z powodu braków formalnych. Po pierwsze jest ono spóźnione, po drugie zaś z nadesłanych informacji nie wynika, że Zamawiający i Odwołujący zgłoszenie otrzymali (brak załączenia dowodu przesłania kopii zgłoszenia do stron postępowania odwoławczego).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Jak ustalono na podstawie akt sprawy – pisma Zamawiającego z dnia 9 stycznia 2014 roku, postępowanie dotyczy zamówienia publicznego na roboty budowlane, a wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i wynosi 3 658 536,59 zł, w kwocie tej wliczono wartość przewidywanych zamówień uzupełniających.

Odwołanie w niniejszej sprawie dotyczyły czynności prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanej zdaniem Odwołującego w sposób nieprawidłowy.

Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 i 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano wyraźnie, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 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.

Skład orzekający uznał, iż odwołanie dotyczy czynności, wobec których ustawodawca wyłączył prawo zaskarżenia decyzji Zamawiającego. Odwołanie dotyczy czynności prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz czynności

wyboru oferty najkorzystniejszej i niewykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia. Zarzuty dotyczące tego typu czynności zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest wyraźnie o czynności odrzucenia oferty Odwołującego lub jego wykluczenia z postępowania, Wskazywanie natomiast jedynie na naruszenie przepisu ogólnego, mianowicie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, nie może być samodzielną podstawą zarzutu.

Biorąc pod uwagę powyższe wywody Izby oraz wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 180 ust. 2, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiej czynności. Tym samym zasadne stało się odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Ponadto, jak wynika ze zgromadzonej przez Izbę dokumentacji, nawet gdyby Odwołujący zakwestionował czynność mieszczącą się w katalogu czynności objętych art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, to wykonawca o czynności stanowiącej podstawę do korzystania ze środków ochrony prawnej dowiedział się w dniu 24 grudnia 2013 roku. Informacja przekazana została za pomocą faksu. Tymczasem odwołanie w wymaganej formie pisemnej (art. 180 ust. 4 ustawy Pzp) trafiło do Prezesa KIO w dniu 31 grudnia 2013 roku. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli informacje zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Są to uregulowania, które znajdują zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu. A zatem, ostatecznym terminem na wniesienie odwołania był 29 grudnia 2013 roku, z racji tego, że dzień ten wypadał w niedzielę, wykonawca powinien był wnieść odwołanie do dnia 30 grudnia 2013 roku. W tej dacie wykonawca przesłał do Izby jedynie faks. Powyższe oznacza, że odwołanie podlega więc odrzuceniu także na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 3 i 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp czyli stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) 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), tj. stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: