

POSTANOWIENIE
z dnia 19 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek - Bujak

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Agata Mikołajczyk

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 19 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Krotoszyńskie Przedsiębiorstwo Budowlane „KRODOMEX” Sp. z o.o., 63-700 Krotoszyn, ul. Rawicka 5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto i Gminę Koźmin Wielkopolski, 63-720 Koźmin Wielkopolski, ul. Stary Rynek 11** protestu z dnia **23 kwietnia 2009 r.**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Krotoszyńskie Przedsiębiorstwo Budowlane „KRODOMEX” Sp. z o.o., 63-700 Krotoszyn, ul. Rawicka 5** 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 **Krotoszyńskie Przedsiębiorstwo Budowlane „KRODOMEX” Sp. z o.o., 63-700 Krotoszyn, ul. Rawicka 5,**
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,~~

- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (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 **Krotoszyńskie Przedsiębiorstwo Budowlane „KRODOMEX” Sp. z o.o., 63-700 Krotoszyn, ul. Rawicka 5.**

Uzasadnienie

I. Stan faktyczny i stanowiska stron.

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *rozbudowę Szkoły Podstawowej w Borzęcinach – budowa Sali gimnastycznej oraz sal dydaktycznych* (numer referencyjny GK 341/5/09). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 marca 2009 r., poz. 49503.

Zamawiający w dniu 15 kwietnia 2009 r. zamieścił na tablicy ogłoszeń informacje o wynikach oceny ofert, z których najwyższą ilość punktów otrzymała oferta Zakładu Usługowego „Marzyński” Marek Marzyński z Wilkowyja (100 pkt). W tym samym dniu zamawiający nadał do wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, przesyłki polecane z informacją o wynikach oceny ofert, odebranej przez Krotoszyńskie Przedsiębiorstwo Budowlane „KRODOMEX” Sp. z o.o. w dniu 16 kwietnia 2009 r.

W dniu 23 kwietnia 2009 r. wykonawca ten wniósł do zamawiającego protest, w którym zaskarżył czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, która winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią siwz. Zamawiającemu zarzucono naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty Marka Marzyńskiego, który nie wykazał się należytych wykonaniem co najmniej jednej sali gimnastycznej z zapleczem o całkowitej powierzchni zabudowy co najmniej 600m² oraz naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2, w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie dodatkowych warunków wymaganych od wykonawców w części VII ust. 1 pkt b siwz. W uzasadnieniu protestu podniesiono, iż robota budowlana wykonywana w Szkole Podstawowej w Borzęciczkach w momencie wszczęcia

przedmiotowego postępowania nie potwierdza spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia, gdyż treść „Rekomendacji” z dnia 06.04.2009 r. nie potwierdza zakończenia prac. Żadna z pozostałych złożonych przez wykonawcę referencji nie dotyczy sali gimnastycznej. Skoro wykonawca nie przedłożył dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie co najmniej jednej sali gimnastycznej, której budowa została zakończona i odebrana przed wszczęciem niniejszego postępowania, to w ocenie protestującego wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający żądał złożenia wykazu wykonanych robót budowlanych, a zatem powinien on obejmować wyłącznie inwestycje i roboty zrealizowane. Skoro wykonawca nie wykazał się zakończoną w okresie ostatnich 5 lat realizacją co najmniej jednej sali gimnastycznej, to nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 27 kwietnia 2009 r. (przekazując rozstrzygnięcie wykonawcy w tym samym dniu przesyłką listową, odebraną przez wykonawcę wnoszącego protest w dniu 28 kwietnia 2009 r.), odrzucając go jako wniesiony po terminie. Zamawiający uznał, iż wykonawca powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu w dniu 15 kwietnia 2009r., kiedy to zapoznał się z treścią ofert złożonych w postępowaniu. W tym samym dniu na tablicy ogłoszeń zostało zamieszczone rozstrzygnięcie przetargu. W tych okolicznościach zamawiający uznał, iż termin na wniesienie protestu upłynął w dniu 22 kwietnia 2009 r., a protest został wniesiony w dniu następnym.

Wobec decyzji Zamawiającego Krotoszyńskie Przedsiębiorstwo Budowlane „KRODOMEX” Sp. z o.o. wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych za pomocą przesyłki listowej nadanej w dniu 30 kwietnia 2009 roku, doręczając jego treść zamawiającemu w tym samym dniu. Odwołaniem wykonawca objął zarówno czynność wyboru oferty najkorzystniejszej podtrzymując w całości argumentację i żądania zawarte w proteście, jak również czynność odrzucenia protestu, które to czynności naruszać mają art. 180 ust. 2, art. 92 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2, w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp. Odwołujący wniósł o ustalenie, że protest został wniesiony w terminie, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania wykonawcy Marka Marzyńskiego i odrzucenie jego oferty oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. W odwołaniu wykonawca potwierdził, iż w dniu 15 kwietnia 2009 r. jego pracownicy przebywali w siedzibie zamawiającego celem sporządzenia dokumentacji fotograficznej pozostałych ofert. Informacja o rozstrzygnięciu przetargu została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego dopiero w dniu 17 kwietnia 2009 roku, natomiast nie wykluczył, iż w dniu

15.04.2009 r. informacja ta została zamieszczona na tablicy ogłoszeń, lecz w godzinach popołudniowych, już po opuszczeniu przez pracowników firmy siedziby zamawiającego (co miało miejsce ok. godziny 11,30). Pełną informację o wynikach postępowania wykonawca otrzymał w dniu 16 kwietnia 2009 r., a zatem złożony w dniu 23 kwietnia protest został wniesiony w terminie i podlegał merytorycznemu rozpoznaniu przez zamawiającego.

II. Ustalenia i stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, stanowisk stron, a skład orzekający ustalił i zważył co następuje.

Na posiedzeniu prowadzonym z udziałem stron, skład orzekający Izby stwierdził, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy zachodzi okoliczności prowadząca do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwaną dalej ustawą pzp.

Protest, a następnie odwołanie wniesione zostało po wejściu w życie ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058). Na skutek nowelizacji przepisów ustawy pzp., uległ rozszerzeniu katalog przestępstw odrzucenia odwołania przez Izbę na posiedzeniu, określony w art. 187 ust. 4 ustawy pzp, do którego dodano pkt 8, dotyczący odwołań wnoszonych w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Ustawodawca w stosunku do postępowań „podprogowych” przyznał prawo do wnoszenia odwołania od rozstrzygnięcia protestu, ale w zakresie ograniczonym do czynności wymienionych w art. 184 ust. 1a ustawy pzp, tj. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzucenia oferty. Intencją ustawodawcy było umożliwienie weryfikacji decyzji zamawiających podejmowanych w postępowaniach, do których nie mają zastosowania dyrektywy odwoławcze, przez niezależny organ. Ustawodawca krajowy przyznając prawo do wniesienia odwołania w postępowaniach poniżej progów unijnych ograniczył je do czynności wskazanych w art. 184 ust. 1a ustawy pzp. W odniesieniu do czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia oferty, prawo do wniesienia odwołania przysługuje jedynie temu wykonawcy, którego one dotyczą, tj. wywierają bezpośrednio niekorzystne skutki dla wykonawcy zainteresowanego uzyskaniem zamówienia. Tym samym wykonawcy nie przysługuje prawo wniesienia odwołania, którego zarzuty odnoszą się do odrzucenia lub braku odrzucenia oferty innego

wykonawcy albo do wykluczenia lub braku wykluczenia z postępowania innego wykonawcy (podobne stanowisko przedstawione w publikacji UZP *Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 roku, wyd. 2008 r., str. 142*).

Wartość niniejszego zamówienia ustalona przez Zamawiającego jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi 3.143.143,21 zł. netto co stanowi równowartość kwoty 810.694,39 euro (podana przez zamawiającego w druku ZP-2). Zarzuty w odwołaniu w całości dotyczą czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która winna podlegać odrzuceniu, a wykonawca wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp. Odwołujący nie podnosi zarzutów dotyczących czynności podjętych, czy też zaniechanych względem jego oferty. Tym samym, zarzuty odwołania dotyczą innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a ustawy pzp, co wypełniania przesłankę odrzucenia odwołania określoną w art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy pzp.

Stanowiska Izby nie zmienia podniesiony w odwołaniu zarzut dotyczący czynności odrzucenia protestu wykonawcy, jako wniesionego z uchybieniem siedmiodniowego terminu. Zarzut ten wynika ze sposobu rozstrzygnięcia protestu z dnia 23 kwietnia 2009 r. Podniesiona w odwołaniu argumentacja dotycząca zachowania przez wykonawcę terminu do wniesienia protestu nie zmienia zakresu żądania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazania zamawiającemu przez Izbę powtórzenia czynności oceny ofert (bez uwzględnienia oferty wykonawcy Marka Marzyńskiego). Skład orzekający wprawdzie potwierdza, iż protest został wniesiony z zachowaniem terminu ustawowego, a zamawiający naruszył dyspozycję przepisu art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jednak rozstrzygnięcie to pozostaje bez znaczenia dla stwierdzenia podstawy odrzucenia odwołania z art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy. W zakresie ustalenia skuteczności wniesionego w dniu 23 kwietnia 2009 roku protestu, znaczenie ma ustalenie dnia, w którym wykonawca powziął lub mógł przy zachowaniu należytej staranności powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia. Jak wynika z dokumentacji postępowania, odwołujący powziął wiadomość o wyborze oferty złożonej przez Marka Marzyńskiego „Zakład Usługowy Marzyński”, na podstawie zawiadomienia o wynikach postępowania z dnia 15 kwietnia 2009 roku, doręczonego przez zamawiającego wykonawcy przesyłką listowną w dniu 16 kwietnia 2009 roku. Podniesiona przez zamawiającego okoliczność wywieszenia ogłoszenia na tablicy ogłoszeń w dniu 15 kwietnia 2009 roku nie znalazła w ocenie składu orzekającego uznania, dla ustalenia dnia, od którego należało liczyć upływ terminu do wniesienia protestu. Zamawiający w siwz nie określił formy porozumiewania się z wykonawcami, ograniczając zapisy wyłącznie do etapu udzielania wyjaśnień dotyczących specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt XV.2 siwz). Na podstawie dalszych

zapisów siwz, w szczególności pkt XVII, skład orzekający ustalił, iż zamawiający liczył terminy dla zawarcia umowy od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty (doręczenia zawiadomienia wybranemu wykonawcy). Z całą stanowczością, skład orzekający stwierdza, iż termin do wniesienia protestów zamawiający winien liczyć oddzielnie dla każdego z wykonawców, którym doręczono zawiadomienia o wyniku postępowania pomiędzy 16 a 20 kwietnia 2009 roku. Zamawiający w sposób nieuprawniony liczył bieg terminu dla wniesienia protestu od dnia wywieszenia zawiadomienia na tablicy ogłoszeń. To na zamawiającym ciąży obowiązek przekazania informacji wykonawcom, w taki sposób aby mogli zapoznać się z jej treścią. Wywieszenie informacji na tablicy ogłoszeń nie mieści się w żadnej z form przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji w postępowaniu, o której mowa w art. 27 ust. 1 ustawy pzp. Nie może zatem wywoływać żadnych skutków dla liczenia terminu na wniesienie protestu. Termin ten, jak wskazano powyżej powinien być liczony od dnia przekazania przez zamawiającego wykonawcy informacji, co w okolicznościach faktycznych sprawy nastąpiło w dniu 16 kwietnia 2009 r. Zatem protest wniesiony w dniu 23 kwietnia 2009 roku, został wniesiony z zachowaniem siedmiodniowego terminu, przewidzianego dla postępowań poniżej progów unijnych (art. 180 ust. 2 ustawy pzp).

Niezależnie od powyższego, odwołanie podlegało odrzuceniu z uwagi na okoliczność opisaną w pierwszej części stanowiska Izby, tj. wniesienia odwołania na czynność zamawiającego nie mieszczącą się w katalogu czynności wymienionych w art. 184 ust. 1 a ustawy pzp.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy 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 na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kaliszu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*