

Sygn. akt: KIO 1465/12

**POSTANOWIENIE
z dnia 18 lipca 2012 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Honorata Łopianowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 18 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2012 r. przez wykonawcę Alphatech Communication spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Jeleniej Górze, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Nysa w Nysie

orzeka:

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Alphatech Communication spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Jeleniej Górze i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Alphatech Communication spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Jeleniej Górze tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Opolu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są roboty budowlane stanowiące „*Monitoring miejski - budowa systemu monitoringu wizyjnego centrum miasta Nysa - etap II - etap realizacyjny IV*”, z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego wynosi 684 891,22 zł, to jest 170 387 euro (pismo zamawiającego z 13 lipca 2012 r., BZP.271.19.2012). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 1 czerwca 2012 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 122621/12.

Zamawiający pismem z dnia 5 lipca 2012 r. przekazał wykonawcom, którzy złożyli oferty, informację o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 10 lipca 2012 r., odwołujący, na podstawie art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wniósł odwołanie od „*niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Grzegorza Kawka prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU „Telsat” Grzegorz Kawka w Gryficach złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego nr BZP.271.19.2012 z dnia 15 czerwca 2012 r., na zadanie pn. „Monitoring miejski - budowa systemu monitoringu wizyjnego centrum miasta Nysa - etap II - etap realizacyjny IV*”.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący postawił następujące zarzuty:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, polegające na wyborze przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Grzegorza Kawka, prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU „Telsat” Grzegorz Kawka w Gryficach w sytuacji, gdy w zestawieniu oferowanych przez niego materiałów brak jest drukarki wymaganej przez zamawiającego, wskazanej w dokumentach stanowiących integralną część SIWZ, tj. zgodnie z wykazem w tabeli nr 10 Projektu Wykonawczego, wymaganiami na str. 36 projektu, przykładową karta katalogową oraz schematem wyposażenia na rysunku CN2, a zatem jego oferta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i jako taka winna zostać odrzucona;
- 2) naruszenie przepisu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, tj. art. 89 ust. 1 pkt 4 ww. ustawy, polegające na wyborze przez

zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Grzegorza Kawka prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU „Telsat” Grzegorz Kawka w Gryficach, podczas gdy we wskazanym przez niego zestawieniu materiałów w pozycji nr 52 ww. uczestnik postępowania wycenił wsparcie techniczne dotyczące przełączników sieciowych na kwotę 1 974,60 zł. Z uwagi na fakt, iż wybrana oferta zawiera karty katalogowe przełączników CISCO, a zamawiający żądał wsparcia producenta, stąd należy stwierdzić, iż oferowana w przedmiotowym zakresie cena jest kilkukrotnie niższa od najtańszej oferty tego sprzętu, a zatem ma charakter ceny dumpingowej;

- 3) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, polegające na wyborze przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Grzegorza Kawka prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU „Telsat” Grzegorz Kawka w Gryficach pomimo, iż we wskazanym przez niego wykazie osób kierujących robotami podano osobę posiadającą uprawnienia do kierowania robotami w specjalności inżyniersko - instalacyjnej w zakresie instalacji elektrycznych, podczas gdy zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał uprawnień znacznie szerszych tzn. specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, a zatem powyższa oferta podlegała odrzuceniu, jako niezgodna z SIWZ;
- 4) naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 1 ww. ustawy, polegające na wyborze przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Grzegorza Kawka prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU „Telsat” Grzegorz Kawka w Gryficach, podczas gdy jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co ujawniało się w tym, iż kosztorys złożony przez ww. uczestnika postępowania nie zawiera kosztów zajęcia pasa drogowego, projektu organizacji ruchu, prac geodezyjnych oraz szkolenia, pomimo, iż powyższe pozycje powinny być częścią oferty - stosownie do zapisów SIWZ na stronie 10 - pkt 12.1 oraz pkt 12.2 oraz stosownie do zapisów określających wymóg zgodności kosztorysu z oferowaną ceną (SIWZ rozdział I ust. 3 pkt 3). Z uwagi na fakt, iż kwota kosztorysu jest zbieżna z kwotą oferty, a żadna pozycja kosztorysu nie zawiera tzw. dodatków (tj. ww. kosztów), należy przyjąć, iż oferta tych prac nie uwzględnia;
- 5) naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 91 ust. 1 ww. ustawy, polegające na wyborze przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Grzegorza Kawka prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU

„Telsat” Grzegorz Kawka w Gryficach, w sytuacji gdy złożone przez niego oferta i kosztorys nie zawierają wymaganych przez SIWZ składników cenotwórczych takich jak cena robocizny, narzuty kosztów pośrednich, zysk, koszty zakupu materiałów. Wymienione na stronie 30 oferty kwoty nie są składnikami cenotwórczymi i nie pozwalają na ich jednoznaczne wyliczenie.

- 6) naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 6 w z w. z art. 91 ust. 1 ww. ustawy, polegające na wyborze przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Grzegorza Kawka prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU „Telsat” Grzegorz Kawka w Gryficach, w sytuacji gdy po zsumowaniu podanych przez niego w ofercie na stronie 30 wartości robocizny, kosztów pośrednich, zysku, kosztów zakupu oraz podanych na stronie 27 wartości sprzętu oraz na stronie 29 wartości materiałów, kwota ogólna w sposób znaczący różni się do kwoty wskazanej w złożonej ofercie i kwoty wskazanej w kosztorysie, co jest niezgodne z wymaganiami SIWZ - tj. rozdziałem I ustęp 3 punkt 3;
- 7) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych polegające na wyborze przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Grzegorza Kawka prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU „Telsat” Grzegorz Kawka w Gryficach pomimo, iż podlegała ona odrzuceniu z uwagi na fakt, zawierała ona mnóstwo błędów rachunkowych, m.in. przedstawione zestawienie materiałów będące integralną i bardzo ważną częścią oferty zawiera błędy polegające na źle wyliczonej wartości materiałów, co prowadzi do wniosku, iż przedstawiona przez niego oferta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
- 8) naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, tj. art. 89 ust. pkt 1 i pkt 8 polegające na wyborze przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Grzegorza Kawka prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU „Telsat” Grzegorz Kawka w Gryficach pomimo, iż osoba podpisująca przedmiotową ofertę, załączniki oraz wszystkie pozostałe strony oferty nie jest wymieniona w dokumencie rejestrowym jako pełnomocnik wykonawcy PHU TELSAT Grzegorz Kawka, Gryfice. Do oferty nie dołączono żadnego pełnomocnictwa do jej podpisania pomimo wymogów SIWZ - strona 8 punkt 10.1.5 oraz 10.1.6 oraz 10.2.8 oraz 10.3.1.b.

Zdaniem odwołującego, zamawiający uchybił przepisom ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), a w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, 89 ust. 1 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 6,

art. 89 ust. 1 pkt 8, art. art. 91 ust. 1.

Odwołujący podniósł, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż jego oferta, pomimo, iż była najkorzystniejsza, nie została wybrana.

W związku z powyższym, oraz z uwagi na przedstawione zarzuty, odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Grzegorza Kawkę prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU „Telsat” Grzegorz Kawka w Gryficach;
 2. ponowne przeprowadzenie czynności w postępowaniu przetargowym polegającym na wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych;
ewentualnie o:
 3. ponowne przeprowadzenie postępowania przetargowego nieograniczonego w całości w zakresie dotyczącym zamówienia publicznego na zadanie pn. „Monitoring miejski - budowa systemu monitoringu wizyjnego centrum miasta Nysa - etap II - etap realizacyjny IV” i ponowny wybór najkorzystniejszej oferty;
- a także obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa prawnego według norm prawem przepisanych.

Uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustalono i zważono, co następuje:

Jak ustalono na podstawie akt sprawy, wartość zamówienia jest niższa od kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Do odwołania znajduje zatem zastosowanie przepis art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Treść zarzutów sformułowanych w odwołaniu wskazuje, że zostało ono złożone wyłącznie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Grzegorza Kawkę prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU „Telsat” Grzegorz Kawka w Gryficach. Odwołujący w odwołaniu – w części określającej kwestionowaną czynność - zakwalifikował ją jako wybór oferty wykonawcy Grzegorza Kawkę prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU „Telsat” Grzegorz Kawka w Gryficach. Całokształt treści odwołania, zawarte w nim zastrzeżenia względem czynności podjętych przez zamawiającego wskazują, iż dotyczy ono wyłącznie oceny oferty Grzegorza Kawki prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU „Telsat” Grzegorz Kawka w Gryficach, w tym zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Analiza treści odwołania prowadzi do wniosku, iż podlega ono odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 180 ust. 2 powołanej ustawy.

Zgodnie z treścią art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano natomiast, 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.

Ustawodawca zatem, w postępowaniach o zamówienie publiczne o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, ograniczył możliwość kwestionowania czynności i zaniechań zamawiającego do czterech, wymienionych wyżej kategorii zagadnień. Dwie pierwsze z tych kategorii (wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) wiążą się z brzmieniem ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pozostałe dwie dotyczą dokonanej przez zamawiającego oceny oferty wykonawcy odwołującego się, której wynikiem jest wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia lub odrzucenie jego oferty.

Odwołujący w odwołaniu podniósł zarzuty i argumentację wskazujące na niewłaściwą ocenę oferty konkurencyjnego wykonawcy to jest Grzegorza Kawki prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU „Telsat” Grzegorz Kawka w Gryficach, wnosząc zarazem o stwierdzenie oferty tego wykonawcy za niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Odwołanie skierowane wobec oferty innego, aniżeli odwołujący wykonawcy nie mieści się w katalogu czynności, wobec których ustawodawca dopuścił możliwość jego złożenia. Przepis art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych przewiduje bowiem możliwość złożenia odwołania w zakresie wykluczenia lub odrzucenia oferty wyłącznie wykonawcy odwołującego się, a nie wykonawcy, który złożył konkurencyjną ofertę. Ustawa nie przyznaje zatem ochrony prawnej w postaci odwołania od wyboru oferty innego wykonawcy (zaniechania wykluczenia tego wykonawcy lub odrzucenia jego oferty). Z tego

względu nie mogą być rozpatrywane zarzuty odwołania które wskazują na nieprawidłową ocenę przez zamawiającego oferty wykonawcy Grzegorza Kawki prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU „Telsat” Grzegorz Kawka w Gryficach. Oferta odwołującego nie została przy tym odrzucona.

Wyznaczony przez odwołującego zakres odwołania jest wiążący w postępowaniu odwoławczym. Treść odwołania nie pozwala uznać, by dotyczyło ono czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie przesądzając zatem o zasadności bądź nietrafności przedstawionych w tym zakresie w odwołaniu zarzutów i argumentacji odwołującego, należało stwierdzić, że odwołanie dotyczące opisanych w nim kwestii nie może podlegać, z mocy brzmienia przepisu art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 180 ust. 2 powołanej ustawy, rozpatrzeniu.

Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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. Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych, postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym.

Przewodniczący: