

Sygn. akt: KIO/UZP 1303/09

POSTANOWIENIE
z dnia 30 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Sylwester Kuchnio

Emil Kuriata

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 28 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **OTTO (Poland) Sp. z o.o., 00-775 Warszawa, ul. Konduktorska 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Gniezno, 62-200 Gniezno, ul. Lecha 6** protestu z dnia 17 sierpnia 2009 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża OTTO (Poland) Sp. z o.o., 00-775 Warszawa, ul. Konduktorska 4

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **OTTO (Poland) Sp. z o.o., 00-775 Warszawa, ul. Konduktorska 4,**

- 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 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **OTTO (Poland) Sp. z o.o., 00-775 Warszawa, ul. Konduktorska 4.**

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

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „remont i instalacja nowych urządzeń na placach zabaw w ramach ogólnodostępnych stref rekreacji dziecięcej na terenie miasta Gniezna.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 2 lipca 2009 r., w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod nr 219570-2009.

W dniu 17 sierpnia 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę SATERNUS Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, jak również wobec zaniechań dokonania następujących czynności: odrzucenia oferty SATERNUS i wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej, zaniechania przyznania ofercie Odwołującego się ilości 100 punktów, w ustalonym przez Zamawiającego, kryterium oceny ofert. Zdaniem Odwołującego się, większość zaoferowanych przez SATERNUS zestawów zabawowych nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), dodatkowo Wykonawca ten dokonał niedozwolonej modyfikacji przedmiaru robót. W tych okolicznościach Odwołujący się sformułował zarzut naruszenia przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp i wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert, w toku której zostanie odrzucona oferta złożona przez SATERNUS, zaś jako najkorzystniejsza zostanie wybrana oferta Odwołującego się.

W dniu 17 sierpnia 2009 r. Zamawiający protest oddalił. W opinii Zamawiającego, zaproponowane zestawy zabawowe spełniają jego wymagania w zakresie funkcji rekreacyjno-sportowej. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że w kosztorysie ofertowym

należało „uwzględnić materiały wymagane przez Zamawiającego, określone w SST lub kosztorysie nakładów, co zostało spełnione przez firmę SATERNUS.”

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się, który wniósł w dniu 31 sierpnia 2009 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzut naruszenia przepisów: art. 7 ust. 1, 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponadto podniósł zarzut naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz 183 ust. 4 ustawy Pzp oraz podtrzymał żądania zawarte w proteście.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący się dodatkowo podniósł, iż w jego ocenie przedmiot zamówienia obejmuje faktycznie dostawę nowych urządzeń do wykorzystania na placach zabaw oraz ich montaż - instalację. Ocena taka wynika z analizy faktycznego zakresu prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący się zwraca uwagę, iż w każdym z realizowanych w ramach zamówienia obiektach wartość zestawów do ćwiczeń i zabawy jest zdecydowanie wyższa niż wartość pozostałych materiałów i robocizny niezbędnych do wykonania zamówienia odnośnie danego obiektu. Ujęcie wartościowe wskazuje zatem wyraźnie, że przedmiotem zamówienia jest dostawa zestawów, a nie roboty budowlane. Zaś zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawę oraz rozmieszczenie lub instalację dostarczonej rzeczy lub innego dobra, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące dostaw. Ustawa nakazuje zatem w omawianym przypadku stosować przepisy dotyczące dostaw bez względu na wartość towarzyszących im usług lub robót budowlanych.

Niniejsze postępowanie ma wartość wyższą niż podana w § 1pkt 1 rozporządzenia 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), wydanego na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego się, z tego względu do postępowania, a w szczególności do niniejszego odwołania, nie znajduje zastosowania art. 184 ust. 1a ustawy Pzp. Pouczenie Zamawiającego w tym zakresie było zatem błędne i naruszało treść art. 183 ust. 4 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz stanowiska stron zaprezentowanego na posiedzeniu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia publicznego są roboty budowlane, których wartość, zgodnie z protokołem postępowania (DRUK ZP-2) oraz informacją Zamawiającego zawartą w piśmie z dnia 15 września 2009 r., została oszacowana na kwotę 954.153,06 zł, co zgodnie ze średnim kursem złotego w stosunku do euro wynoszącym 3,8771, a obowiązującym na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego

podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 241, poz. 1762), stanowi kwotę 246.099,67 euro. Zatem, wartość zamówienia nie przekracza kwoty 5 150 000 euro.

Zgodnie z przepisem art. 184 ust. 1a ustawy Pzp, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (dla robót budowlanych jest to wartość poniżej 5 150 000 euro), odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego 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 lub odrzucenia oferty.

Ustawodawca określił więc w sposób enumeratywny przesłanki do wniesienia odwołania. Należy zwrócić uwagę, że rozstrzygnięcie nie każdego protestu, dopuszczalnego na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, korzysta z ochrony w tzw. postępowaniach poniżej progów unijnych. Protest można bowiem wnieść, nie biorąc pod uwagę ogłoszenia i siwz, na każdą czynność w postępowaniu lub konkursie, jak i na zaniechanie czynności, do której podjęcia Zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp. Zaś, w świetle przepisu art. 184 ust. 1a ustawy Pzp, odwołanie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu, który dotyczy ściśle określonych czynności, jedynie dwóch, którymi są: czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty. W katalogu tym nie ujęto natomiast przypadków zaniechania czynności, co oznacza, że odwołanie w powyższych okolicznościach nie przysługuje. Odwołanie będzie przysługiwać jedynie temu wykonawcy, wobec którego, w wyniku rozstrzygnięcia protestu, Zamawiający podtrzyma lub podejmie decyzję o wykluczeniu wykonawcy lub odrzuceniu jego oferty.

Treść przepisu art. 184 ust. 1a ustawy Pzp pozwala na stwierdzenie, że ustawodawca objął ochroną jedynie najważniejsze interesy wykonawcy wnoszącego odwołanie, a dotyczące jego wykluczenia z postępowania lub odrzucenia jego oferty. Cel powołanego przepisu potwierdza również uzasadnienie do projektu zmiany ustawy Pzp, z którego wynika, że nowelizacja ma zapewnić ochronę prawną w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane poniżej progu 5 150 000 euro, jednakże z „wyeliminowaniem prawa do wniesienia środków ochrony prawnej na czynności nie godzące bezpośrednio w interes wykonawcy, który z nich korzysta (np. dotyczące nieprawidłowości w ofercie innego wykonawcy).”

W okolicznościach niniejszej sprawy odwołanie dotyczy rozstrzygnięcia protestu wniesionego wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w tzw. postępowaniu poniżej progów unijnych. Tymczasem, jak zostało wskazane wyżej, odwołanie nie przysługuje w sytuacji, w której zarzuty nie dotyczą bezpośrednio Odwołującego się, a są skierowane przeciwko innemu wykonawcy, czy też jego ofercie (art. 184 ust. 1a ustawy Pzp).

Bez wpływu na niniejsze rozstrzygnięcie pozostaje argumentacja Odwołującego się, iż przedmiotem niniejszego postępowania jest dostawa wraz z instalacją dostarczonych rzeczy, co w konsekwencji oznacza, iż do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące dostaw (art. 6 ust. 2 ustawy Pzp). Należy zwrócić uwagę, iż Odwołujący się na etapie wnoszenia odwołania stara się całkowicie zignorować fakt, że przedmiotem niniejszego postępowania nie jest jedynie dostawa zestawów zabawowych wraz z ich rozmieszczeniem. Na zajęcie takiego stanowiska nie pozwala nie tylko sklasyfikowanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia jako robót budowlanych (zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w siwz), ale zarówno fakt wskazania już w samej nazwie zamówienia, na jeden z jego elementów, jakim jest remont istniejących urządzeń, jak również sam opis przedmiotu zamówienia, z którego wynika, że w ramach niniejszego zamówienia należy dostarczyć wskazane urządzenia, ale też wykonać roboty ziemne i roboty budowlano-montażowe (pkt 2 siwz). Zaś, ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2003 r., Nr 207, poz. 2016 ze zm.) nie pozostawia wątpliwości, że wskazane roboty stanowią roboty budowlane. Jak wynika z przepisu art. 3 pkt 7 przedmiotowej ustawy, przez „roboty budowlane” należy rozumieć nie tylko budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Obiektem budowlanym jest zaś m.in. obiekt małej architektury (art. 3 pkt 1 ustawy Prawo budowlane), do której to kategorii można zaliczyć place zabaw. Ustawodawca wprost bowiem wskazał, że obiektem małej architektury są niewielkie obiekty, a w szczególności: użytkowe służące rekreacji codziennej i utrzymaniu porządku, jak piaskownice, huśtawki, drabinki, śmietniki (art. 3 pkt 4 ustawy Prawo budowlane). Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót jednoznacznie wskazuje, że mamy do czynienia z robotami budowlanymi, bowiem tylko w taki sposób dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia, którym są roboty budowlane (art. 32 ust. 1 ustawy Pzp). W tych okolicznościach nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego się, że mamy do czynienia jedynie z dostawą i instalacją dostarczanych rzeczy.

Na posiedzeniu Odwołujący się przyznał, co prawda, że roboty budowlane są elementem przedmiotu zamówienia, ale pozostaje to bez wpływu na uprawnienie do wnoszenia odwołania, bo nawet, gdyby uznać, że przepis art. 6 ust. 2 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie, to właściwy jest przepis art. 6 ust. 1 ustawy Pzp. Twierdzenie powyższe również nie znajduje uzasadnienia, gdyż w niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia z usługami, remont i instalacja (montaż) stanowi, jak wskazano wyżej, roboty budowlane, a nie, jak zdaje się twierdzić Odwołujący się, usługi.

Przedmiotem niniejszego zamówienia, jak wynika zarówno z treści siwz, jak i dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (o czym była

mowa wyżej), są roboty budowlane polegające na budowie lub remoncie obiektu budowlanego, a ściślej obiektu małej architektury, jaką jest plac zabaw. Wykonaniu tych robót towarzyszy dostawa określonych materiałów i urządzeń, które są niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia (placu zabaw). W tych okolicznościach, zdaniem Izby, nie budzi wątpliwości, iż do przedmiotowego zamówienia, na mocy przepisu art. 6 ust. 3 ustawy Pzp, należy stosować przepisy dotyczące robót budowlanych (art. 6 ust. 3 ustawy Pzp). W konsekwencji oznacza to, że w zamówieniach, których przedmiotem są roboty budowlane o wartości poniżej 5 150 000 euro, odwołanie przysługuje wobec czynności, o których mowa w przepisie art. 184 ust. 1a ustawy Pzp. Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, będąca przedmiotem odwołania, nie mieści się w katalogu czynności, o których mowa w przepisie art. 184 ust. 1a ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia przepisu art. 184 ustawy Pzp jest w istocie zarzutem formalnym, ale został sformułowany wadliwie. Hipoteza normy zawartej we wskazanym przepisie nie odnosi się do Zamawiającego, stąd też stwierdzenie naruszenia przedmiotowego przepisu nie jest możliwe. Dodatkowo wskazać należy, iż błędne pouczenie pozostaje bez wpływu na przysługujące uprawnienia w przedmiocie wnoszenia środków ochrony prawnej.

W istocie Odwołujący się kwestionuje sposób sklasyfikowania zamówienia publicznego, który to zarzut uznać należy za spóźniony. Informację o rodzaju zamówienia Odwołujący się uzyskał w dniu publikacji ogłoszenia i siwz i od tej daty rozpoczął bieg terminu na wniesienie protestu w tym zakresie. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego się, iż na tym etapie postępowania nie miał interesu prawnego w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Szerokie rozumienie tego pojęcia, na które zwraca uwagę orzecznictwo powoduje, że środki ochrony prawnej przysługują również w sytuacji, gdy Zamawiający przekracza przepisy ustawy Pzp. W niniejszym postępowaniu stwierdzić nawet można, że Odwołujący się na etapie ogłoszenia posiadał interes prawny w uzyskaniu zamówienia w ujęciu sensu stricto, albowiem brak możliwości wniesienia odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu poniżej progów unijnych powoduje, że wykonawca nie posiada możliwości kontroli decyzji Zamawiającego na drodze środków ochrony prawnej. Bez wątpienia utrata przez wykonawcę uprawnienia do wniesienia odwołania na skutek błędnego sklasyfikowania zamówienia przez zamawiającego może stanowić uszczerbek w interesie prawnym związanym z uzyskaniem zamówienia. Zaniechanie Odwołującego się w tym zakresie pozwala na przyjęcie, iż Odwołujący się nie wnosi zastrzeżeń wobec klasyfikacji zamówienia. Ponoszenie przedmiotowego zarzutu po wyborze najkorzystniejszej oferty, w sytuacji gdy decyzja ta jest niekorzystna dla Odwołującego się stanowi jedynie próbę obejścia przepisów dotyczących terminu wnoszenia środków ochrony prawnej (art. 180 ust. 2, art. 184 ust. 2), które to terminy jako zawite nie podlegają przywróceniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem Izba zobowiązana jest odrzucić odwołanie, jeżeli stwierdzi, że 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. 184 ust. 1a ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 w zw. z art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

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 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*