

POSTANOWIENIE

z dnia 24 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Ewa Sikorska
Renata Tubisz

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 24 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Jarosławskie Przedsiębiorstwo Budowlane BUDEXIM S.A.
ul. Poniatowskiego 53, 37-500 Jarosław

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Gminę Jarosław, ul. Piekarska 5, 37-500 Jarosław,

protestu z dnia 16 września 2009 r.

przy udziale wykonawcy **P.P.H. INTEGRAL Sp. z o.o. ul. Langiewicza 37, 35-959 Rzeszów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Jarosławskie Przedsiębiorstwo Budowlane BUDEXIM S.A. ul. Poniatowskiego 53, 37-500 Jarosław i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Jarosławskie Przedsiębiorstwo Budowlane BUDEXIM S.A. ul. Poniatowskiego 53, 37-500 Jarosław,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jarosławskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego BUDEXIM S.A. ul. Poniatowskiego 53, 37-500 Jarosław.**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *budowę sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej i Gimnazjum w Muninie*, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 30 lipca 2009 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 260250. Wartość zamówienia nie przekracza tzw. progów unijnych.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń Stron i Przystępującego złożonych podczas posiedzenia Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega odrzuceniu.

27 sierpnia 2009 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Na tę czynność 1 września 2009 r. protest wniosła P.P.H. Integral Sp. z o.o. zarzucając, że wybrana oferta Odwołującego jest niezgodna

ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia ze względu na brak wyceny zakresu robót wymiany instalacji c.o. 4 września 2009 r., pismem z dnia 2 września 2009 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o wniesieniu protestu i możliwości przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Odwołujący do tego postępowania nie przystąpił. 10 września, pismem z dnia 8 września 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż uwzględnił powyższy protest i powtórzy oprotestowaną czynność w zakresie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, i dokona ponownej oceny oferty Odwołującego.

11 września 2009 r. Odwołujący otrzymał informację z 9 września 2009 r. – zawiadomienie o odrzuceniu oferty, w której Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na brak kosztorysu ofertowego dotyczącego wymiany centralnego ogrzewania, a 15 września 2009 r. informację z 14 września 2009 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty P.P.H. Integral Sp. z o.o. i unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej 27 września 2009 r.

Na tę czynność 16 września 2009 r. Odwołujący wniósł do Zamawiającego protest, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieodrżucenie protestu złożonego przez podmiot nieuprawniony,
2. art. 31 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezastosowanie się do zasad zapisanych w tym artykule przy uzasadnianiu odrzucenia jego oferty,
3. art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezastosowanie się do zapisów artykułu i dopuszczenie do dalszej czynności oferenta, który przekroczył kwotę, jaką inwestor miał przeznaczyć na realizację przedmiotowego przetargu,
4. art. 88 ust. 1 pkt 3a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezastosowanie się do zapisów, które sam narzucił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nieuwzględnienie zapisów zawartych w art. 31, a tym samym nieuznanie zasady o przyjęciu ceny ryczałtowej bez względu na sposób jej obliczenia,

5. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie podczas badania oferty Odwołującego wezwania go do złożenia wyjaśnień,
6. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty nie będącej najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych,
7. art. 93 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewykluczenie z dalszego postępowania przetargowego oferentów, którzy przekroczyli kwotę, jaką Zamawiający miał przeznaczoną na realizację przedmiotowego zamówienia,
8. art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Zamawiający nie stosuje zasady uczciwej konkurencji, nie kieruje się bezstronnością i obiektywizmem, a zamówienia udziela wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych
żądając wykluczenia z postępowania wszystkich oferentów, którzy złożyli oferty o wartości przekraczającej kwotę, jaką może przeznaczyć Zamawiający na sfinansowanie zamówienia podaną w dniu otwarcia ofert oraz cofnięcia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, a utrzymaniu w mocy decyzji o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej.

Zamawiający oddalił protest, o czym poinformował Odwołującego 25 września 2009 r. Od tego rozstrzygnięcia 29 września 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym powtórzył zarzuty oraz żądanie powtórzenia czynności przetargowej skutkujące cofnięciem przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu jego oferty, a utrzymaniem w mocy decyzji o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, a także wniósł o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Na podstawie powyższego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż dotyczy czynności, której Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu wniesionego 1 września 2009 r. przez P.P.H. Integral Sp. z o.o. Ze względu na wielokrotne wnoszenie protestów na te same okoliczności, a tym samym nadmierne przedłużanie się

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzono przepisy mające skutkować tzw. koncentracją postępowania protestacyjno – odwoławczego polegającą na tym, że dana czynność Zamawiającego nie może być dwukrotnie zaskarżana przez wykonawców, a wszystkie zarzuty powinny zostać podniesione i rozpatrzone już za pierwszym razem, a tym samym wszyscy zainteresowani wykonawcy powinni wziąć udział w pierwszym postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia pierwszego protestu. Stąd powstała instytucja „przystąpienia do postępowania”, a Zamawiający zobowiązany jest wzywać wykonawców do wzięcia udziału w tym postępowaniu.

Dlatego Odwołujący powinien był, po otrzymaniu 4 września 2009 r. wezwania od Zamawiającego z 2 września 2009 r., zgłosić przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez P.P.H. Integral Sp. z o.o., a później, po niekorzystnym dla siebie rozstrzygnięciu, odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Skoro Odwołujący tego zaniechał, rozstrzygnięcie protestu dotyczącego zgodności jego oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia ze względu na brak wyceny wymiany centralnego ogrzewania stało się ostateczne i nie podlega kolejnym środkom ochrony prawnej. W związku z tym w stosunku do protestu mają zastosowanie przepisy art. 181 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany do zgłoszenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu ani wnieść protestu, powołując się na te same okoliczności). A w razie jego wniesienia taki protest podlega odrzuceniu, zgodnie z art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołanie – art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z kolei pozostałe podniesione w odwołaniu zarzuty, inne niż odrzucenie oferty Odwołującego, nie mogą być przedmiotem odwołania, zgodnie z dyspozycją art. 184 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, który ustanawia zamkniętą listę czynności, które mogą być przedmiotem

odwołania w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. nie przekraczającej tzw. progów unijnych. Zgodnie z tym przepisem 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 o udzielenie zamówienia oraz odrzucenia oferty, a, jak stanowi art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba zobowiązana jest takie odwołanie odrzucić. Dodatkowo, wszelkie zarzuty dotyczące protestu wniesionego przez P.P.H. Integral Sp. z o.o. są spóźnione i wniesione przez podmiot nieuprawniony, więc tym samym podlegają odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołanie bowiem, w terminie wskazanym w art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, może wnieść wyłącznie podmiot, który był uczestnikiem (protestującym lub przystępującym) postępowania toczącego się w wyniku wniesienia danego protestu (tj. protestu P.P.H. Integral Sp. z o.o.), do którego Odwołujący nie przystąpił w terminie 3 dni od otrzymania wezwania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 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 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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 Przemyślu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....