

POSTANOWIENIE
z dnia 24 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **24 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **TKP Spółka Akcyjna, 44-100 Gliwice, ul. Chorzowska 50** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Gmina Zabrze – Prezydent Miasta, 41-800 Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7**

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża TKP Spółka Akcyjna, 44-100 Gliwice, ul. Chorzowska 50** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **TKP Spółka Akcyjna, 44-100 Gliwice, ul. Chorzowska 50**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Zabrze, Prezydent Miasta – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Udostępnienie połączeń światłowodowych do transmisji danych między punktami kamerowymi a Nadrzędnym Centrum Nadzoru oraz konserwacja i bieżące wsparcie serwisowe systemu monitoringu wizyjnego w mieście Zabrze”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 5 sierpnia 2010 r. pod nr 239002-2010, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu na swojej stronie internetowej (www.zabrze.magistrat.pl) oraz udostępnił na niej specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”)

15 września 2010 r. (pismem z 13 września 2010 r. przesłanym w tym dniu faksem) Odwołujący – TKP S.A. z siedzibą w Gliwicach wniósł w formie pisemnej odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności podjętych w postępowaniu przez Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie art. 180 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 36. ust. 1 pkt 5 i art. 44 ustawy pzp „poprzez niezgodną z prawem czynność Zamawiającego dokonaną w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a polegającą na błędnej interpretacji i złej wykładni treści zapisu pkt. 5.2.2. ppkt B/ SIWZ, której skutkiem było nieodrzućenie oferty niespełniającej warunków udziału w postępowaniu”. Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię odwołania 13 września 2010 r.

14 września 2010 r. Zamawiający zawiadomił drugiego wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu – DebaCom spółka z o.o. z Zabrze, o wniesionym odwołaniu oraz wezwał go do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, załączając kopię odwołania. Do dnia wydania postanowienia o odrzuceniu odwołania wykonawca ten nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Na podstawie treści złożonego odwołania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przesłanej w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 5 sierpnia 2010 r., w sprawie zastosowanie mają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu

Sygn. akt KIO 1992/10

uwzględniającym wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tekst jednolity znowelizowanej ustawy opublikowany został w Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759.

Z wydanego na podstawie delegacji ustawowej zawartej w przepisie art. 11 ust. 8 pzp rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224, poz. 1795) wynika, iż jednostki samorządu terytorialnego przekazują ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień dla dostaw lub usług jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 193.000,00 euro (§ 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia).

Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 pzp jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, 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.

Przepis art. 189 ust. 2 pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu (art. 189 ust. 4 pzp). Jedną z podstaw odrzucenia odwołania jest okoliczność wniesienia odwołania w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp dotyczącego innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 pzp (art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp).

Izba stwierdziła zaistnienie przedmiotowej przesłanki w rozpoznawanej sprawie.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi 475.200,00 zł co stanowi równowartość 123.782,23 euro.

Izba zważyła, iż zarzuty odwołania dotyczą w istocie czynności Zamawiającego dotyczącej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez innego niż Odwołujący wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Niepodważalne jest

Sygn. akt KIO 1992/10

bowiem, iż odwołanie zostało złożone już po otwarciu ofert, w związku z otrzymaniem przez Odwołującego 9 września 2010 r. zawiadomienia o wyniku postępowania, w którym Zamawiający poinformował o wyborze oferty DebaCom spółki z o.o. z siedzibą w Zabrze oraz o sklasyfikowaniu oferty Odwołującego na drugim miejscu. Tymczasem opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest czynnością zamawiającego dokonywaną w ramach formułowania postanowień s.i.w.z., dokonywaną zawsze przed upływem terminu składania ofert, a termin na złożenie odwołania od tej czynności liczy się od dnia zamieszczenia odpowiednich postanowień w s.i.w.z. udostępnionej wykonawcom. Z treści uzasadnienia odwołania, pomimo sformułowania na wstępie zarzutu odwołania, iż dotyczy on opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wynika, iż Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z uwagi na błędną ocenę, iż wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu, opisany w pkt. 5.2.2. lit. B s.i.w.z., dotyczący posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia. Czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców jest zupełnie inną i odrębną czynnością od czynności opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu, zaskarżalną w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych wyłącznie przez wykonawców, którzy zostali w jej wyniku wykluczeni z postępowania. W przedmiotowej sprawie Odwołujący tylko pozornie złożył odwołanie na opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, która nigdy nie może polegać na błędnej interpretacji i złej wykładni treści postanowień s.i.w.z. zawierających ten opis przy dokonywaniu przez zamawiającego oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

Z treści odwołania wynika zatem, iż nie dotyczy ono w żaden sposób opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Również z żądań: powtórnej oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, a także z uzasadnienia odwołania nie wynika, w szczególności, iż Odwołujący składa odwołanie na wykluczenie go z postępowania. Odwołujący wskazuje jedynie w uzasadnieniu okoliczności wskazujące na to, iż wybrany wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w s.i.w.z., wobec czego podlegał wykluczeniu z postępowania.

Skoro zarzuty odwołania nie dotyczą czynności Zamawiającego odpowiadających enumeratywnemu wyliczeniu zawartym w przepisie art. 180 ust. 2 pzp, odwołanie podlega obligatoryjnemu odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp. Wobec powyższego, Izba, działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie 2 w zw. z art. 189 ust. 3 zdanie 1 pzp – odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Sygn. akt KIO 1992/10

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z przepisami § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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)

Przewodniczący:

.....