

POSTANOWIENIE

z dnia 30 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 30 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Tadeusza Liberde prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.P.H.U. LIBBUD, Poręba Wielka 267, 34-735 Niedźwiedź

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Gminne Centrum Kultury w Niedźwiedziu, 34-735 Niedźwiedź 130

protestu z dnia 19 lutego 2010 r.

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Tadeusza Liberde prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.P.H.U. LIBBUD, Poręba Wielka 267, 34-735 Niedźwiedź i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Tadeusza Liberde prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.P.H.U. LIBBUD, Poręba Wielka 267, 34-735 Niedźwiedź,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Tadeusza Liberdy prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.P.H.U. LIBBUD, Poręba Wielka 267, 34-735 Niedźwiedź.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *adaptację budynku remizy OSP dla potrzeb Zespołów regionalnych prowadzonych przez Centrum Kultury w Niedźwiedziu* prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 15 grudnia 2009 r. pod nr 243881. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 3.174.074,74 zł, tj. 826.797,28 euro, a więc jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

22 stycznia 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Firmy Usługowo – Handlowej SIENKOWIEC i SYN s.c. Na tę czynność 27 stycznia 2010 r. protest wniósł Odwołujący zarzucając Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia niektórych oferentów z postępowania lub zaniechanie odrzucenia ofert niezgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. 29 stycznia 2010 r. protest wniosła również Bożena Nocoń na „zaniechanie wykluczenia z postępowania wszystkich wykonawców, którzy

zastosowali materiały niezgodne z załączoną do specyfikacji tabelą materiałów”. W uzasadnieniu protestu protestująca stwierdziła, że do kosztorysów załączono zestawienie materiału z określeniem rodzaju, gatunku, podaniem parametrów oraz w niektórych przypadkach zamianą materiału występujących w pozycjach kosztorysowych na inny. Jako przykład podała pozycje: 6, 9, 17, 36 i 44 z kosztorysu Odwołującego.

Do protestu tego Odwołujący nie przystąpił.

Odwołujący rozstrzygnął oba powyższe protesty 8 lutego 2010 r. stwierdzając, iż uznaje je w całości i argumentując, że powinien wyjaśnić na etapie badania i oceny ofert brak właściwych dokumentów w ofertach wykonawców i wezwać do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również dokonać analizy kosztorysów ofertowych w zakresie niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Następnie, 12 lutego 2010 r., Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu wszystkich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w tym z powodu niepoprawnego zestawienia materiałowego. W odniesieniu do Odwołującego Zamawiający uzasadnił odrzucenie tym, że w ofercie występują niezgodności z punktem 5.II.2 oraz 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące ilości i rodzaju materiału oraz nie podano typu klimatyzatora. Jednocześnie Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. ponieważ nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu. Odwołujący otrzymał tę informację 15 lutego 2010 r.

Na powyższe czynności 19 lutego 2010 r. Odwołujący wniósł protest, który Zamawiający oddalił 1 marca 2010 r., rozstrzygnięcie to Odwołujący otrzymał 2 marca 2010 r. W związku z powyższym Odwołujący 8 marca 2010 r. (poniedziałek) wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 4 ust. 1 i § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury *w sprawie szczegółowego*

zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego w zw. z art. 31 i 33 ustawy Prawo zamówień publicznych wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia nieprawnie zaniechanych czynności, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty, a także zasądzenie kosztów postępowania i związanych z udzielonym pełnomocnictwem.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie zachował zasady równego traktowania wykonawców poprzez odrzucenie jego oferty przygotowanej zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i tym samym stawiając ją na równi z ofertami rzeczywiście podlegającymi odrzuceniu, natomiast bezprzedmiotowe i bezprawne działania w stosunku do oferty Odwołującego wskazują na brak obiektywizmu i bezstronności czynności osób prowadzących postępowanie po stronie Zamawiającego.

Pani Bożena Nocoń załączyła do oferty kserokopię zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej datowanego na 24 stycznia 2005 r., chociaż zgodnie z rozporządzeniem *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* dokument ten jest ważny tylko 6 miesięcy od daty jego wystawienia, więc nie spełnia wymogów tego rozporządzenia i jest nieważny. Przedmiotowa kserokopia została jedynie poświadczona za zgodność z oryginałem przez przedstawiciela Urzędu Gminy Niedźwiedź 30 lipca 2009 r., co nie potwierdza ani nie przedłuża ważności tego zaświadczenia.

Natomiast złożona przez Odwołującego oferta jest zgodna z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zarzut nie znajduje potwierdzenia ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani w uregulowaniach prawnych. Przywołany przez Zamawiającego punkt 5.II. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawiera listę dokumentów, jakie oferent musi dostarczyć w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w prowadzonym postępowaniu, a w poz. 2.8. tego punktu Zamawiający informuje iż „oferta musi zawierać zestawienie materiałów wraz z podanymi cenami”. Z zapisu tego nie można wnioskować, że oferent ma sporządzić kosztorys ofertowy w oparciu o zestawienie materiałów

Zamawiającego lub kosztorys ofertowy powinien zawierać takie same materiały, jak ujęte w zestawieniu materiałów Zamawiającego. Zamawiający w punkcie II.2.1. jednoznacznie określa, że podstawą do określenia ceny jest zakres robót podany w projekcie budowlanym i własna, oparta na rachunku ekonomicznym kalkulacja. Zgodnie z punktem II.12.2. wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do przedmiarów, ma obowiązek wycenić wszystkie elementy zgodnie z przedmiarem

Natomiast zgodnie z przywołanym rozporządzeniem podstawą dla tworzonych przez oferentów kosztorysów ofertowych jest przedmiar robót, a nie zestawienie materiałów.

Odwołanie zostało nadane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych 8 marca 2010 r. w placówce pocztowej operatora publicznego. Tego samego dnia Odwołujący, również za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego, nadał kopię odwołania do Zamawiającego, która wpłynęła do niego 10 marca 2010 r. co potwierdza prezentata Zamawiającego i jego oświadczenie. Odwołujący potwierdził, iż w żaden inny sposób kopii odwołania Zamawiającemu nie przekazał.

Na podstawie powyżej ustalonych okoliczności faktycznych oraz oświadczeń złożonych podczas posiedzenia Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli Odwołujący nie przekazał kopii odwołania Zamawiającemu zgodnie z art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast zgodnie z przepisem art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu, odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w ciągu 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub

upływu terminu na jego rozstrzygnięcie jednocześnie przekazując kopię treści tego odwołania zamawiającemu (przy tym – kopię odwołania można przekazać zamawiającemu również za pomocą faksu lub drogą elektroniczną).

W świetle powyższego przepisu termin ten jest zachowany, jeżeli odwołanie zostanie złożone w placówce pocztowej operatora publicznego. Jednak zastrzeżenie to dotyczy wyłącznie przekazania odwołania Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, a nie kopii tego odwołania zamawiającemu. Stanowisko to zostało jednoznacznie przyjęte w orzecznictwie i piśmiennictwie. Potwierdza je m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt: V Ca 117/07), w którym Sąd stwierdził, iż: „mając na uwadze ogólną zasadę rządzącą postępowaniem o zamówienie publiczne, tj. szybkość i cel jakiemu służy powiadomienie zamawiającego o odwołaniu, tj. po pierwsze konieczność poinformowania o jego treści innych zainteresowanych – wykonawców, po drugie jak najszybsze powzięcie wiadomości o zakończeniu bądź nie postępowania wywołanego protestem, a tym samym możliwość skutecznego zawarcia umowy z wykonawcą najkorzystniejszej oferty, w ocenie Sądu Okręgowego, o zachowaniu terminu na przekazanie kopii zamawiającemu i wywiązanie się z obowiązku jednoczesności możemy mówić wtedy, gdy kopia tego odwołania dotrze do Zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie. Jak wynika z zapisu ustawy skuteczność zachowania terminu poprzez złożenie w placówce operatora publicznego zastrzeżona jest wyłącznie dla wniesienia odwołania, zapis ten pozostał w niezmienionym brzmieniu mimo zmiany treści przywołanego artykułu w 2006 r. Taka możliwość nie została wprost przewidziana dla powiadomienia Zamawiającego, co nie znaczy, że jest niedopuszczalna i wykluczona. Składający odwołanie może jego kopię nadać do Zamawiającego pocztą, jednak by uznać za spełniony warunek określony w przepisie, do wiadomości adresata musi ona dotrzeć w czasie przewidzianym ustawą pzp dla jego wniesienia, czyli 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu.” Orzeczenie to zachowało aktualność w obecnym stanie prawnym – zmienił się jedynie termin na złożenie odwołania w postępowaniach, w których

wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. W niniejszej sprawie nie stosuje się przepisów i zasad wynikających z Kodeksu postępowania cywilnego, gdyż postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem uregulowanym odrębnymi przepisami, tj. ustawą Prawo zamówień publicznych oraz wydanym na jej podstawie rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, a jedynie, gdy ustawa Prawo zamówień publicznych nie stanowi inaczej – odpowiednio stosuje się przepisy ustawy Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym).

W przedmiotowym postępowaniu ostatnim dniem na wniesienie odwołania i przekazanie jego kopii Zamawiającemu był 8 marca 2010 r. Kopia odwołania wpłynęła do Zamawiającego 10 marca 2010 r., czyli po upływie terminu na wniesienie odwołania, a więc bez zachowania wymogu jednoczesności określonego w przepisie art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niniejsze odwołanie podlega także odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ jest wniesione przez wykonawcę wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (fakt wezwania został potwierdzony przez Strony) i dotyczy czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Odrzucenie oferty Odwołującego, jak również pozostałych ofert, było bowiem następstwem uznania protestu wniesionego przez panią Bożenę Nocoń 29 stycznia 2010 r. Pomimo pewnych błędów w sformułowaniach z protestu tego wyraźnie wynika, iż przedmiotem zarzutu było m.in. nieodrżucenie oferty Odwołującego ze względu na niezgodność oferowanych materiałów z zestawieniem materiałów sporządzonym przez Zamawiającego zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem Odwołujący powinien był zgłosić przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia tego protestu, a po jego uwzględnieniu przez Zamawiającego, złożyć

odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Natomiast w braku takich czynności nastąpiła sytuacja opisana w art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. protest został ostatecznie rozstrzygnięty z upływem terminu na wniesienie odwołania. Zatem dokonana przez Zamawiającego czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest zgodna z rozstrzygnięciem przez Zamawiającego protestu Bożeny Nocoń z 29 stycznia 2010 r.

Dodatkowo należy stwierdzić też, że inne zarzuty niż dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego również podlegają odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie odrzuca się, jeśli dotyczy ono innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 184 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym dla niniejszego postępowania, od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, z zastrzeżeniem ust. 1a. Z kolei ust. 1a wskazuje, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, 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, odrzucenia oferty. Przy czym wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, oraz odrzucenie oferty dotyczy tylko sytuacji odwołującego się, a nie innych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W związku z powyższym należało orzec 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 stosownie do § 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 (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....